


UniCEUB
ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais

The Juridical Germanistic and the accusatory finger metaphor in the exploratory context of fundamental rights dogmatic

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

VOLUME 5 • NÚMERO ESPECIAL • 2015

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A germanística jurídica e a metáfora do dedo em riste no contexto explorativo das justificativas da dogmática dos direitos fundamentais*

The Juridical Germanistic and the accusatory finger metaphor in the exploratory context of fundamental rights dogmatic

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**

"A análise da origem, da natureza e da evolução dos direitos fundamentais ao longo dos tempos é, de per si, um tema fascinante e justificaria plenamente a realização de um curso inteiro e a redação de diversas monografias e teses".

Ingo Wolfgang Sarlet¹

"The lessons of the past pertain not just to individual morality, but also, and perhaps more importantly, to societal and state institutions in which individual morality must be preserved if its to have the power to resist in the crucial moment."

Bernard Schlink²

"Eine schuldbeladene Nation in einem zerstörten Haus".

Michael Stolleis³

RESUMO

O texto de algum modo sugere que a dogmática dos direitos fundamentais poderia decorrer menos de uma imaginária linha evolutiva, ao contrário do que se registra recorrentemente. O texto sugere que a dogmática dos direitos fundamentais possa resultar, também, de acidente histórico de triste memória, isto é, de uma reação à barbárie nazista, vivida ao longo da segunda guerra mundial. Nesse sentido, o texto explora o tema da culpa no contexto dos arranjos institucionais que resultaram nas fórmulas alemãs de proteção aos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Fundamentação histórica. Germanística. A culpa no contexto formativo de arranjos institucionais.

* Artigo convidado.

** Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor Pesquisador Visitante no Instituto Max-Planck de História do Direito Europeu- Frankfurt. Pós-doutorado em Direito Comparado na Universidade de Boston e em Literatura no Departamento de Teoria Literária da Universidade de Brasília-UnB. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP. Consultor-Geral da União (nomeado em 2011). Procurador da Fazenda Nacional (concurso de 1993). E-mail: asmgodoy@gmail.com

1 Sarlet, Ingo Wolfgang, A Eficácia dos Direitos Fundamentais- uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 36.

2 Schlink, Bernhard, Guilt about the past, Toronto: University of Queensland Press, 2010, p. 33. Em tradução livre minha: "As lições do passado pertencem não apenas à moralidade individual, mas também, e talvez de modo mais importante, às instituições do Estado e da sociedade, nas quais a moralidade individual deve ser preservada se dela se espera a força para resistir nos momentos cruciais".

3 Stolleis, Michael, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland- Vieter Band- 1945-1990. München: Verlag C. H. Beck, 2012, p. 15. Em tradução livre minha: "Uma nação carregada de culpa numa casa arruinada".

ABSTRACT

The paper somewhat suggests that the dogmatic of the constitutional rights could be more strongly linked to a historical factor, related to the second great war, and its outcome, as opposed to a traditional conception that suggests an evolutionary unfolding. The paper suggests some strong links between the human rights agenda and the nazi's atrocities. In that sense, the paper explores the problem of guilty in the context of the institutional arrangements that followed the subsequent German framework in the scope of human rights protection.

Key-words: Fundamental rights. Historiographical patterns. Germanistic. The conception of guilty in the formative context of institutional arrangements.

1. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA, DO ARGUMENTO E DO ROTEIRO

A literatura do tema dos direitos fundamentais concebe contexto histórico evolutivo, que transita das compreensões jusnaturalistas (clássicas e modernas) aos direitos de concepção liberal do século XVIII, alcançando textos constitucionais do século XX, a exemplo das constituições do México (1917) e de Weimar (1919)⁴. Insiste-se na importância *transcendental* da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁵, bem como de algumas variáveis, com algum nível de relevância, a exemplo das declarações produzidas no âmbito do constitucionalismo norte-americano⁶, qualificando-se núcleo de onde emergiriam *gerações de direitos*. Construiu-se, assim, uma compreensão historicista dos textos constitucionais, quanto à fixação dos chamados direitos fundamentais, da qual se pretende intuir uma lógica evolutiva; a história, assim, transformou-se em argumento e em justificação.

Essa percepção teria como ponto de partida, “[...] — ainda que com raízes ainda mais remotas — a concepção jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII”. No entanto, a necessidade do reconhecimento dessa agenda de direitos “[...] se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra [...]”; isto é, a compreensão histórica da dogmática dos direitos fundamentais pode decorrer menos da fabulização de uma imaginária evolução do reconhecimento de direitos, do que da efetiva necessidade de respostas institucionais que o processo *descivilizatório* decorrente da segunda guerra mundial suscitou na geração que testemunhou o retorno à barbárie, vivido especialmente na primeira metade da década de 1940. É esse aparente *elo perdido*, entre a tradição jusnaturalista e liberal e a compreensão contemporânea dos direitos fundamentais, provavelmente encontrável no segundo pós-guerra, que se pretende resgatar.

A pesquisa pretende questionar se a agenda dos direitos fundamentais seria justificada, tão somente, por uma dinâmica evolutiva ou, se de um modo mais radical, pode-se reconhecer acidente histórico, a exemplo do processo de *descivilização* vivido ao longo da segunda grande guerra, como um traço definidor e empírico da positivação dessa agenda, com o que se poderia falar, definitivamente, em direitos fundamentais⁸.

4 Cf. PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007. p. 29-40.

5 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41 e ss.

6 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 55.

8 Para semelhanças e dissemelhanças conceituais entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 29 e ss.

O presente ensaio⁹ alavanca e sustenta o argumento de que a construção da dogmática dos direitos fundamentais, um dos fundamentos da atuação prospectiva de alguns setores da Magistratura¹⁰ (especialmente no Brasil¹¹ e na Colômbia¹²) poderia ser, em alguma medida, e na origem, indício de reação cultural e institucional que marcou o processo de reconstrução e de desnazificação vivido pela Alemanha com a derrota na segunda guerra mundial. O argumento sugere que a construção dessa dogmática não revelaria itinerário histórico regularmente construído na tradição ocidental, como recorrentemente compreendido na literatura que se refere às eras e dimensões de direitos fundamentais¹³, ainda que, bem entendido, deva-se realçar a influência do constitucionalismo norte-americano no constitucionalismo alemão, como pontuado por Roman Herzog, que foi juiz no Tribunal Federal Constitucional da Alemanha¹⁴.

O argumento sugere, assim, acidente histórico¹⁵, de terrível memória, como agente definidor de agenda positiva de defesa intransigente da dignidade da pessoa humana¹⁶, resultado do desespero do homem civilizado em face da barbárie nazista¹⁷, terrível memória que radica nos arranjos institucionais dessa barbárie,

9 Texto apresentado e discutido em 5 de junho de 2014, junto ao Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais, no Uniceub, Brasília. Agradecimentos a Lilian Rose Lemos Soares Nunes, Marcelo Dias Varella e André Pires Gontijo, pelo convite e apoio. Agradecimentos a Luís Inácio Lucena Adams, Carlos Ayres Britto e Inocêncio Mártires Coelho pelas observações e questionamentos. O texto é apenas um esboço de uma pesquisa em andamento. O texto também foi apresentado em evento junto ao programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUC-RS. Agradecimentos a Ingo Wolfgang Sarlet pelo convite e pela intervenção.

10 Na versão do chamado *ativismo judicial*, conferir, por todos, RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. No contexto desse ousado livro, “[...] por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário, fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza jurídica (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial- Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308.

11 Entre nós, especialmente, MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

12 As linhas gerais desse contexto ideológico podem ser captadas em CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006; PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997; CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution-Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997; VÉLEZ, Sergio Iván Estrada. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Selo Editorial, 2007. CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007; CARBONELL, Miguel. *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008. FIGUEROA, Alfonso García. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006; PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007. COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

13 Por todos, BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino: Giulio Einaudi, 1997. p. 66 e ss. Especialmente, também, BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Ainda, PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005; CARBONELL, Miguel. *Uma História de los Derechos Fundamentales*. México: Porrúa, 2005. É essa, inclusive, a percepção de um autor alemão contemporâneo. Cf. DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno-novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

14 Roman Herzog, prefácio à 1ª edição de KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997.

15 Para a relação entre História e Direito, conferir, POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2011. p. 167-202. Para a questão historiográfica do presenteísmo, isto é, a construção idealizada do passado com base em nossos contextos e rotinas atuais, NIETZSCHE, Friedrich. *Escritos sobre história*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005. FOUCAULT, Michel. *Ditos e Escritos II: arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, especialmente p. 260 e ss., NIETZSCHE, Friedrich. *a Genealogia, a história*. Tradução de Elisa Monteiro. Conferir também BLOCH, Marc. *Introdução à história*. Mira-Simtra: Publicações Europa-América, 1997. BREISACH, Ernest. *Historiography- Ancient, Medieval and Modern*, Chicago; London: The University of Chicago Press, 1994. FINLEY, M. I. *Uso e abuso da história*. São Paulo: M. Fontes, 1989. CARR, Edward Hallett. *Que é história?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: M. Fontes, 1995. especialmente, p. 101 e ss. CERTEAU, Michel de. *A Escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

16 Conferir DÖRNER, Bernward. *Die Deutschen und der Holocaust- Was niemand wissen wollte, aber jeder wissen konnte*. Berlin: Ullstein Buchverlage GmbH, 2007.

17 Entre tantos outros, conferir, SCHLIE, Ulrich. *Die Denkmäler der Deutschen*, Köln e Bonn: Goethe-Institut Inter Nationes, 2000, especialmente p. 85-121, *Hybris und Nemesis- In nationalsozialistischer Zeit*.

especialmente quanto ao ocorrido nos campos de extermínio. O agente definidor da reação civilizatória se desdobrou na construção do texto constitucional alemão de 23 de maio de 1949 e na criação de um tribunal defensor do núcleo e do vetor desse texto constitucional: *Die Würde des Menschen ist unantastbar*, isto é, “a dignidade da pessoa humana é inviolável”. Não se despreza, no entanto, o fato de que também houve também resistência ao nacional-socialismo¹⁸, bem como tem-se plena consciência que não se pode *afundar no pântano da culpa coletiva*¹⁹.

Retomou-se o jusnaturalismo²⁰, radicalizando-se o afastamento para com o positivismo²¹, enquanto teorias compreensivas do direito. Neste artigo, compreende-se o positivismo como a ordem derrotada na guerra. A alegação de que o assalto à civilização perpetuado pelo nazismo decorreria tão somente do cumprimento de ordem legal (e maliciosamente invocada como legítima) foi o mantra que marcou a defesa da cúpula nazista no processo de Nuremberg²². Houve também vários outros julgamentos de imensa celebridade, a exemplo do Julgamento de Frankfurt²³.

Os réus, todos vinculados à cúpula do nazismo²⁴, alegaram, fundamentalmente, o cumprimento de ordens decorrentes do código de ética vigente no Exército. A defesa alegava que uma justiça de vencedores impunha retroatividade em desfavor dos réus, que apenas teriam cumprido ordens²⁵. A acusação imputou aos réus a prática dos crimes de conspiração contra a paz, de planejamento, início e manutenção de guerra de agressão, bem como da prática de crimes de guerra e, especialmente, do cometimento de crimes contra a humanidade²⁶. O promotor central na acusação foi o norte-americano Roibert H. Jackson, então juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos, ocupado principalmente com a criminalização das políticas de extermínio dos judeus²⁷.

O julgamento foi precedido de intensa discussão, reveladora de forte opção política²⁸, indicadora de uma justiça reveladora do discurso dos vencedores do conflito²⁹. Ainda ao fim da primeira guerra mundial, conheceu-se volume grande de atrocidades, a violência nazista vinha marcada por brutalidade sem precedentes³⁰. Em julgamento, tem-se a impressão, colocou-se a própria natureza do mal³¹, que ensejou uma narrativa jurídica assustadora, que denuncia conjunto de crueldades³². A linha geral de defesa centrava-se no argumento do cumprimento da lei³³, situação que historicamente vinculou o positivismo às atrocidades nazistas.

18 O assunto é explorado por STEINBACH, Peter; TUSCHEL, Johannes (Org.). *Widerstand gegen den Nationalsozialismus*. Berlin: Akademie Verlag, 1994.

19 ADLER, Laure. *Nos passos de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 395.

20 Por todos, STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2011; FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven and London: Yale University Press, 1979.

21 Conferir também CRUZ, Álvaro Ricardo de Sousa; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

22 Conferir MASER, Werner. *Nürnberg- Tribunal der Sieger*. Düsseldorf-Wien: Econ Verlag, 1977.

23 PENDAS, Devin O., *The Frankfurt Auschwitz Trial- 1963-1965- Genocide, History and the Limits of Law*. New York: Cambridge University Press, 2006.

24 Hermann Göehring, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Kar Dönitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Artur Seyss-Inquart, Albert Speer, Konstantin von Neurath e Hans Fritzsche.

25 Cf. TUSA, Ann; TUSA, John. *The Nuremberg Trial*. New York: Skyhorse Publishing, 2010, p. 289 e ss.

26 Conferir CARRUTHERS, Bob (Ed.). *The Nuremberg Trials- The Complete Proceedings: the Indictment and Opening Statements*. Arden: Coda Books, 2011. v. 1.

27 Conferir CARRUTHERS, Bob (Ed.), *The Nuremberg Trials- The Complete Proceedings: the policy to exterminate the Jews*, Arden: Coda Books, 2011. v. 3.

28 Entre outros, é o que se lê na narrativa de PERSICO, Joseph E. *Nuremberg- Infamy on Trial*. New York: Penguin Books, 1994.

29 Várias compreensões sobre o Julgamento de Nuremberg, em forma de pequenos ensaios e intervenções na imprensa, com contribuições de vários autores, estão em RADLMAIER, Steffen (Ed.), *Der Nürnberger Lernprozess- von Kriegsverbrechen und Starreporten*. Frankfurt am Main: Eichborn Verlag, 2001.

30 TAYLOR, Telford. *The Anatomy of the Nuremberg Trials- a Personal Memoir*. New York: Skyhorse Publishing, 2013.

31 Cf. CONOT, Robert E. *Justice at Nuremberg*. New York: Perseus Book, 2009.

32 Cf. ROLAND, Paul. *The Nuremberg Trials- The Nazis and their Crimes against Humanity*. London: Arcturus, 2012.

33 Por todos, GOLDENSOHN, Leon. *The Nuremberg Interviews*. New York: Random House, 2004.

O positivismo, nesse sentido substancialmente negativo, foi costurado à ordem política e institucional responsável pelo holocausto. Foi necessária a concepção de um arranjo institucional de superação. Apelou-se para o jurista Gustav Radbruch (1878-1949), no contexto da chamada *fórmula de Radbruch*, segundo a qual, há possibilidade (e necessidade) de se fazer justiça, retroativamente, mesmo nas hipóteses nas quais crimes foram cometidos no contexto e limites da mais completa legalidade³⁴; os delitos do IIIº Reich foram tão hediondos que a punição retroativa mostrou-se legítima e aceitável³⁵. De Gustav Radbruch tratar-se-á mais adiante.

Identificado como uma oposição ao direito natural, o positivismo jurídico centra-se na locução *direito positivo*, de uso relativamente recente na tradição jusfilosófica ocidental³⁶. Não há vínculos históricos ou objetivamente conceituais com o positivismo de feição sociológica, como desenvolvido em Augusto Comte, formado nas disciplinas da Escola Politécnica francesa, fundador de uma disciplina, a Sociologia, que como objeto de estudo teria como centro a totalidade da espécie humana³⁷. Para o pensador francês criador do positivismo filosófico, a *Sociologia* seria uma *Física Social*, ciência com objeto próprio, preocupada com o estudo dos fenômenos sociais, considerados com o mesmo espírito que os fenômenos astronômicos, físicos, químicos e fisiológicos, submetidos a leis naturais invariáveis³⁸. As semelhanças com o positivismo jurídico param por aí.

Uma relação de contrariedade para com percepção de direito natural identifica o eixo temático que caracteriza o positivismo jurídico³⁹. Por questão de simetria, cunhou-se o termo *juspositivismo*, em oposição a *jusnaturalismo*⁴⁰. À universalidade e imutabilidade do jusnaturalism, o opor-se-ia a contingência do juspositivismo; à utilidade desse último confrontar-se-ia com a moralidade daquele primeiro. Assim, com base em tradição que remonta a Paulo, o direito positivo estabeleceria aquilo que é *útil*, enquanto o direito natural ensinaria aquilo que fosse *bom*⁴¹. Do positivismo, e de Hans Kelsen, tratar-se-á mais adiante também.

No núcleo do presente ensaio, explora-se a metáfora habermasiana do *dedo em riste*, logo mais explicitada e “desenhada” com o pano de fundo da trajetória histórica alemã. Faz-se um mapeamento bibliográfico que instrumentalize o aprofundamento do argumento, com indicação de autores e temas que jogam luzes no assunto, a exemplo, principalmente, de Norbert Elias, de Bernard Schlink, de Hannah Arendt e de Karl Jaspers.

Alguma busca de simetria de informações justifica a parte final do ensaio, na qual se tem resenha do texto constitucional alemão, a explicação do modelo organizacional e decisório do Tribunal Constitucional da Alemanha, bem como da jurisprudência mais expressiva produzida por aquela Corte. Os motivos freudianos desta, na essência, fortemente sustentariam o núcleo do argumento.

2. A METÁFORA DO DEDO EM RISTE E AS AMBIGUIDADES DA HISTÓRIA ALEMÃ

No ensaio “O dedo em riste: os alemães e seu monumento” o filósofo Jürgen Habermas⁴² problematizou a “*re-cordação autocrítica de Auschwitz*” a propósito da discussão em torno da construção de um memorial às vítimas

34 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 59.

35 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 63.

36 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p.15.

37 ARON, Raymond. *As etapas do pensamento sociológico*. São Paulo: M. Fontes, 1993. p. 75.

38 COMTE, Auguste. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1989. p. 53.

39 Conferir coletânea de ensaios editada por PASCUA, J. A. Ramos; GONZÁLEZ, M. Á. Rodilla. *El Positivismo Jurídico a Examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

40 TROPER, Michel. Positivismo. In: ANDRÉ-JEAN, Arnaud. *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 608.

41 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 23.

42 A biografia intelectual de Jürgen Habermas foi explorada por Matthew G. Specter. Conferir, SPECTER, Matthew. *Habermas-an Intellectual Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. Nesse livro há uma apresentação de Habermas como autor de uma *síntese da teoria constitucional alemã*, p. 59-86. O tema do direito natural em Habermas é explorado em HABERMAS, Jürgen. *Teoria e práxis*. São Paulo: Unesp, 2013. p. 143-200.

do nazismo. Para Habermas, “*quem considera Auschwitz ‘nossa vergonha’ [alemã] está interessado apenas numa imagem que os outros fazem de nós [alemães], não na imagem que os cidadãos da República Federal da Alemanha formam de si mesmos, ao olharem para o passado e para a ruptura provocada na civilização, a fim de poderem olhar-se a si mesmos no rosto e readquirirem o respeito recíproco*”⁴³.

O excerto remete-nos a uma *teoria do dedo em riste*, isto é, a grandeza histórica⁴⁴ e cultural alemã⁴⁵ (Beethoven⁴⁶, Goethe⁴⁷, Hegel⁴⁸, Schopenhauer⁴⁹, Lutero⁵⁰, Thomas Mann⁵¹, Kant⁵², Mozart⁵³, Schubert⁵⁴, Max Weber⁵⁵, entre tantos outros nomes) seria recorrentemente contrastada com os horrores do nazismo. À pátria da filosofia⁵⁶, se contrasta a barbárie de um processo de descivilização.

O argumento que se apresenta sustenta que a aporia decorrente da constatação do processo descivilizatório vivido pela Alemanha ao longo da barbárie nazista foi enfrentada também mediante o esforço nacional do pós-guerra⁵⁷, de natureza cultural, no sentido de se “[...] *fortalecer a identidade de uma nação respeitadora dos direitos dos cidadãos [...]*”⁵⁸, ainda que Jürgen Habermas tenha marcado essa frase a propósito da finalidade e dos destinatários de um museu alemão para o holocausto, discussão que suscitou o ensaio aqui citado.

Ao impressionante papel da Alemanha no mundo científico um *dedo em riste* poderia opor a barbárie nacional-socialista. Os alemães detêm 78 prêmios Nobel, e 67 deles decorrem de pesquisas nas áreas de ciências naturais e da medicina. Conrad Röntgen, Robert Koch, Max Planck, Werner Heisenberg, Christiane Nüsslein-Volhard, Horst Störmer, Herbert Kroemer, Wolfgang Ketterle e Gerhard Ertl, todos cientistas de importância superlativa, ilustram esse rol.

43 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 65.

44 Nesse tema, substancialmente, Conze, Werner e Hentschel, Volker, *Deutsche Geschichte*, Würzburg, Verlag Ploetz Freiburg, 1996.

45 Conferir, GÖSSMANN, Wilhelm. *Deutsche Kulturgeschichte im Grundriss*. Düsseldorf: Grupello Verlag, 2006. Bem como, no que se refere a períodos mais recentes, GLASER, Hermann. *Kleine Kulturgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*. München: Carl Hanser Verlag, 1991.

46 Há extensa bibliografia. Entre outros: WAGNER, Richard. *Beethoven*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. ROLLAND, Romain. *Vida de Beethoven*. São Paulo: Atena, 1957. SOLOMON, Maynard. *Beethoven- Vida e Obra*. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 1987.

47 Entre outros: BOERNER, Peter. *Goethe*. London: Haus Publishing, 2004. Ver também, CITATI, Pietro. *Goethe*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

48 Entre outros: PINKARD, Terry. *Hegel- a Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

49 Entre outros: SAFRANSKI, Rüdiger. *Schopenhauer- e os anos mais selvagens da Filosofia*. São Paulo: Geração Editorial, 2011.

50 Entre outros, FEBVRE, Lucien. *Martinho Lutero-um Destino*. São Paulo: Três Estrelas, 2012. Ver também, LESSA, Vicente Themudo. *Lutero*. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

51 Entre outros, HAYMANN, Ronald. *Thomas Mann*. New York: Bloomsbury, 1995. e PRATER, Donald. *Thomas Mann- uma Biografia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

52 Entre outros, KUEHN, Manfred. *Kant- a Biography*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Conferir também a coletânea coordenada por TRAVESSONI, Alexandre. *Kant e o Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, na qual há também ensaios de alguns especialistas alemães, a exemplo de Bernd Ludwig (Universidade de Göttingen), Marcus Willaschek (Universidade de Frankfurt) e Wolfgang Kersting (Universidade de Kiel), a par de especialistas brasileiros, a exemplo de Valério Rodhen (Universidade Luterana).

53 Para a trajetória singular do austríaco Wolfgang Amadeus Mozart, conferir o elegante ensaio de ELIAS, Norbert. *Mozart: sociologia de um gênio*. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. Bem como o não menos elegante ensaio de GAY, Peter. *Mozart*. Rio de Janeiro: Objetiva, 1999.

54 A Viena dos tempos de Mozart e de Schubert é reconstruída por BRION, Marcel. *Viena nos tempos de Mozart e Schubert*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

55 FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 159 e ss.; DIGGINS, John Patrick. *Max Weber: a política e o espírito da tragédia*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 219 e ss.; KÄSLER, Dirk. *Max Weber: An Introduction to his Life and his Work*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 161 e ss.; BENDIX, Reinhard. *Max Weber: an intellectual portrait*. Berkeley: University of California Press, 1984. p. 285 e ss. POGGI, Gianfranco. *Weber- A Short Introduction*. Cambridge: Polity Press, 2006. p. 89 e ss.

56 Conferir PINKARD, Terry. *German Philosophy- 1760-1860: the legacy of idealism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

57 Conferir, entre outros, BÖGEHOLZ, Hartwig. *Die Deutschen nach dem Krieg- Eine Chronik- Befreit, geteilt. vereint: Deutschland 1945 bis 1995*. Hamburg: Rowolt Taschenbuch Verlag GmbH, 1995.

58 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 66.

Dados estatísticos (de 2007) apontam para uma Alemanha pujante⁵⁹: maior economia nacional da União Europeia, terceira maior economia do mundo, maior produto interno bruto de toda a Europa, na qual é o mercado mais importante. Os alemães registram o maior número de patentes na Europa; contam com a mais moderna rede de telecomunicações que há hoje em dia⁶⁰. A lâmpada elétrica (Heinrich Göbel), a aspirina (Felix Hoffmann), o automóvel (Karl Benz e Gottlieb Daimler), o telefone (Philip Reis) e a bicicleta (Karl von Drais) são componentes da vida cotidiana que se relacionam ao esforço inovador e civilizatório alemão.

O contraste desse esplendor civilizatório, raramente igualado em qualquer outra experiência cultural, em face das reminiscências do horror nazista, é fato histórico que atormentou Jürgen Habermas, como sugere a passagem seguinte, mesmo que em tradução:

[...] será que nós [os alemães], que somos cidadãos da República Federal da Alemanha e que herdamos política, jurídica e culturalmente o Estado e a sociedade da ‘geração dos réus’, somos historicamente responsáveis pelas consequências de suas ações? Será que transformamos explicitamente a recordação autocrítica de Auschwitz num dos componentes de nossa autocompreensão política? Será que aceitamos como elemento de uma identidade nacional rompida a responsabilidade política inquietadora que advém aos descendentes pelo fato de os alemães terem praticado, apoiado ou tolerado uma ruptura na civilização?⁶¹

O argumento pode ser substancializado com alguma investigação em vários autores que são centrais na discussão. Norbert Elias, por exemplo, investigou as origens de uma provável recepção, por parte dos alemães e da cultura alemã, do surto descivilizador conhecido ao longo do triunfo do nacional-socialismo⁶². Hannah Arendt⁶³ investigou os temas do totalitarismo⁶⁴, a responsabilidade pessoal sob ditaduras⁶⁵, bem como suscitou intensa discussão no contexto do julgamento de Adolf Eichmann⁶⁶, o que lhe valeu intensa perseguição. Há também intensa literatura produzida em tema do sionismo⁶⁷ e da tentativa israelense de encontrar e julgar os responsáveis pelo extermínio⁶⁸.

Em “*As Origens do Totalitarismo*”, importante livro de Hannah Arendt (1906-1975), há um fragmento provocativo, que nos remete a uma reflexão sobre algumas perplexidades e paradoxos dos direitos humanos⁶⁹. Esse precioso livro discute o antissemitismo, o imperialismo e, principalmente, os regimes totalitaristas⁷⁰. O livro foi escrito nos Estados Unidos, originariamente em inglês (que não era a língua materna de sua autora), em contexto de muita angústia, que marcou o pós-guerra. É mais um desdobramento intelectual das denúncias que se colhiam contra o nazismo e o estalinismo. Trata-se de livro emblemático dos tempos da guerra fria. Os temas e posições que Hannah Arendt enfrentou e revelou, no entanto, são absolutamente atuais⁷¹. Há direitos humanos sem vínculo de seus titulares com alguma forma política organizada e detentora de força que os garanta?

As declarações de direitos humanos são identificadas como marcos decisivos na história: para Hannah Arendt, o homem, e não uma entidade metafísica, e nem os costumes, poderiam ser identificados como fontes exclusivas das leis e das prescrições dos comportamentos. Livre de todas as tutelas, o homem imaginário

59 Dados colhidos em *Perfil da Alemanha*, publicação do Ministério das Relações Exteriores da Alemanha. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 2007.

60 Dados colhidos em *Perfil da Alemanha*, publicação do Ministério das Relações Exteriores da Alemanha. Frankfurt am Main: Societäts-Verlag, 2007.

61 HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 63.

62 ELIAS, Norbert. *Os Alemães- a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1997.

63 Do ponto de vista biográfico, conferir SONTHEIMER, Kurt. *Hannah Arendt*. München: Piper Verlag GmbH, 2005.

64 ARENDT, Hannah. *The Origins of Totalitarianism*. San Diego, New York and London: Harvest Book, 1976.

65 ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

66 ARENDT, Hannah. *Eichmann in Jerusalem, a report on the banality of evil*. New York: Penguin Books, 2006.

67 Por todos, e no essencial, HERTZ, Theodor. *L'État des Juifs*. Paris: La Découverte-Poche, 1990.

68 WIESENTHAL, Simon. *O Caçador de nazistas*. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1967.

69 ARENDT, Hannah. *As Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 395 e ss.

70 O tema dos direitos humanos em Hannah Arendt foi explorado por LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

71 O tema dos direitos humanos em Hannah Arendt foi explorado por LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

da tradição iluminista — na qual triunfou a agenda dos direitos humanos — percebeu que a maioria alcançava. No entanto, no ambiente de uma sociedade emancipada e secularizada, havia uma implicação que incomodava: a invocação de direitos humanos, por parte de seus destinatários, exigiria a mediação do Estado. Esse o núcleo do argumento de Hannah Arendt, nesse provocante excerto.

Ao homem se outorgou uma soberania em questões de lei (os direitos humanos são para os homens garantidos), enquanto ao povo (ainda que tomado de modo ficcional) se definiu uma soberania em questões de governo. Consta-se, então, mais um paradoxo: as declarações de direitos humanos dirigem-se a um ser humano abstrato, que não existiria em parte alguma, justamente porque existia em todas as partes e lugares. Selvagens das mais remotas paragens deteriam esses direitos, ainda que não se explicasse exatamente para quê. Por isso, provocou Hannah Arendt, a questão dos direitos humanos deveria considerar um contexto político de emancipação nacional: apenas uma soberania nacional teria capacidade de assegurar a fruição do rol desses direitos, não para um ser abstrato; o destinatário é o titular de nacionalidade que garanta esses direitos, por intermédio de arranjos institucionais, dotado de poder de coerção⁷².

Imaginaria e originalmente inalienáveis, porque concebidos para serem independentes de todos os governos, os direitos humanos perderiam o sentido prático, na exata medida em que seres humanos desprovidos de vínculos políticos próprios de cidadania não contariam com governos que protegessem direitos disponibilizados pelas declarações do século XVIII. Apátridas e membros de minorias, afirmou Arendt, não deteriam direitos em seu sentido fático e elementar, porquanto lhes faltaria um governo estabelecido que os defendesse. Nesse rol, ao longo da segunda guerra mundial, poloneses, judeus e alguns russos (inclusive aristocratas)⁷³.

Idealistas, filantropos e juristas levavam a frente o tema dos direitos humanos, assunto que até o fim do século XIX ainda não fora incorporado aos projetos dos grandes partidos políticos. Arendt constatou um tratamento marginal⁷⁴. Direitos civis se confundiam com os direitos humanos, na gramática jurídica do século XIX; isto é, os seres humanos que contavam com alguma proteção eram justamente os cidadãos que viviam em seus próprios Estados. Por isso, problematizava Arendt, os direitos humanos seriam inexequíveis quando os respectivos titulares não detinham cidadania⁷⁵. Para tudo prestariam, mas para nada serviriam, na medida em que seus destinatários putativos não detivessem meios para reivindicá-los.

Quando as grandes tragédias engendradas pela política redundaram na perda de proteção estatal, os apátridas que perambulavam pela Europa viram-se em situação mais delicada do que a vivida pelos estrangeiros inimigos. Segundo Hannah Arendt, os refugiados eram perseguidos pelo que eram (raça ou condição econômica, a exemplo dos judeus, dos ciganos ou dos aristocratas russos) ou pelo que pensavam ou acreditavam (anarquistas, democratas, insatisfeitos, ortodoxos)⁷⁶.

As fórmulas norte-americanas (vida, liberdade e procura da felicidade) e francesas (igualdade perante a lei, liberdade, proteção à propriedade e soberania nacional) eram inoperantes para quem não contasse com um governo para defendê-las⁷⁷. O problema dos refugiados não era — necessariamente — a igualdade perante a lei; o que os afetava, efetivamente, era a ausência de lei. Ninguém, ou nenhum governo, reclamaria proteção sobre direitos de quem não comprovasse vínculos justificativos de alguma medida de intervenção⁷⁸. Comparativamente, Arendt nos remete à liberdade de opinião de um encarcerado: esta é fútil; nada que o encarcerado pensa teria alguma importância. Resumidamente: não haveria proteção para quem perdesse uma relação comunitária politicamente reconhecida⁷⁹.

72 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 396.

73 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 397.

74 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 398.

75 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 399.

76 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 400.

77 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 401.

78 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 402.

79 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 403.

A sensação de perda de laços com a comunidade política resultaria em uma sumária expulsão da própria humanidade. Os direitos humanos, assim, deixariam de persistir, justamente porque dependentes de uma pluralidade humana organizada⁸⁰. Hannah Arendt reconhecia que essas ideias qualificavam uma confirmação tardia (e irônica) dos argumentos de Edmund Burke (1729-1797)⁸¹, avatar dos conservadores, crítico mais veemente do ideário da revolução francesa⁸², para quem os governos não são criados em virtude dos direitos naturais⁸³. Burke foi impugnado por Thomas Paine (1737-1809), inglês, que viveu nos Estados Unidos, conhecido entusiasta defensor dos direitos do homem⁸⁴.

Burke condenava a abstração simbólica da agenda dos direitos humanos; preferia uma herança histórica vinculada (uma ligação política com uma entidade que conferia e que garantia direitos) do que uma formulação ideal de direitos inalienáveis do homem. Arendt remete-nos a Burke, para quem os direitos emanam de uma organização política, e não de alguma lei natural, e muito menos de algum mandamento divino⁸⁵.

A perda de direitos, decorrentes da perda de laços políticos, resultaria na impossibilidade de se poder invocar proteção a direitos humanos, validando-se, pragmaticamente, as premonições de Burke⁸⁶. Por isso, afirmou Arendt, os sobreviventes dos campos de concentração entenderam que “a nudez abstrata de serem unicamente humanos era o maior risco que corriam”⁸⁷.

Os direitos humanos (ou qualquer outra garantia, a exemplo da igualdade), segundo Hannah Arendt, ao contrário de quase tudo que afeta a existência humana, não é um dado, mas o resultado da ação de organização humana, ainda que orientada para princípios de justiça. Para Arendt, não se nasce igual, torna-se igual. O pertencimento a um grupo politicamente organizado é que garante essa decisão e essa constatação⁸⁸.

Quanto se reduz o ser humano a um estado de necessidade bruta e de selvageria, desprovido de qualquer forma de proteção estatal, a agenda dos direitos humanos é um dado flutuante em um espaço inexistente. A inserção de todos os seres humanos, nesse âmbito de proteção, é a tarefa de nossa geração, que se realiza por medidas políticas e econômicas de emancipação e de inserção. É, ao mesmo tempo, o nosso desafio, e a nossa redenção.

Giorgio Agambem problematizou o *estado de exceção*⁸⁹, a partir das narrativas de Primo Levi, cujas memórias são absolutamente perturbadoras, a exemplo do que se lê em seguida:

Imagine-se, agora, um homem privado não apenas dos seres queridos, mas de sua casa, seus hábitos, sua roupa, tudo, enfim, rigorosamente tudo que possuía; ele será um ser vazio, reduzido a puro sofrimento e carência, esquecido de dignidade e discernimento — pois quem perde tudo, muitas vezes perde também a si mesmo; transformado em algo tão miserável, que facilmente se decidirá sobre sua vida e sua morte, sem qualquer sentimento de afinidade humana, na melhor das hipóteses considerando puros critérios de conveniência. Ficará claro, então, o duplo significado da expressão ‘Campo de Extermínio’, bem como o que desejo expressar quando digo: chegar ao fundo⁹⁰.

O tema do *estado de exceção*, explorado por Agambem, é uma busca de compreensão do que fora vivido pelos sobreviventes dos campos de extermínio⁹¹, o que as referências de Primo Levi sugerem como uma situação absolutamente brutal e distante de qualquer possibilidade de explicação racional:

80 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 405.

81 Edmund Burke foi biograficamente tratado em KIRK, Russell. *Edmund Burke: A Genius Reconsidered*. Wilmington: ISI Books, 2009.

82 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 407.

83 Cf. BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: UnB, 1997. p. 89.

84 PAINE, Thomas. *Os direitos do homem*. Petrópolis: Vozes, 1989.

85 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 408.

86 Cf. Arendt, Hannah, cit., loc. cit.

87 Arendt, Hannah, cit., loc. cit.

88 Cf. Arendt, Hannah, cit., p. 410.

89 AGAMBEM, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2008.

90 LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 33.

91 AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2003. Essa memorialística também pode ser explorada em RASHKE, Richard. *Fuga de Sobibor*. Porto Alegre: 8Inverso, 2011.

São poucos os homens que sabem enfrentar a morte com dignidade, e nem sempre são aqueles de quem poderíamos esperar. Poucos sabem calar e respeitar o silêncio alheio. Frequentemente, o nosso sono inquieto era interrompido por brigas barulhentas e fúteis, por imprecações, por socos e pontapés largados às cegas, reagindo contra algum contato incômodo, mas inevitável. Então alguém acendia a chama mortífera de uma vela, revelando no chão um escuro fervilhar, uma massa humana confusa e contínua, entorpecida e sofrendo, erguendo-se aqui e acolá em convulsões repentinas, logo sufocadas pelo cansaço⁹².

A expansão totalitária em escala global⁹³ provoca preocupações para com a continuidade do estado de exceção, que se faz regra, justamente porque permanente e autojustificativo. Para Agamben, o estado de exceção fez-se um paradigma de governo⁹⁴, no sentido que a expressão sugere na língua grega: um modelo. Agamben reconhece a falta de uma teoria do estado de exceção objetivamente consistente no direito público contemporâneo⁹⁵; não se definiu, ainda, se o estado de exceção seria questão de fato, ou problema jurídico, ainda que se compreenda que a matéria encontra-se em área de intersecção entre o jurídico e o político⁹⁶. Transita-se em uma “*terra de ninguém*”, onde há a presença (e a ausência) do direito público e do fato político⁹⁷. O estado de exceção, prossegue Agamben, relaciona-se estreitamente com a guerra civil, com a insurreição e com a resistência⁹⁸. Haveria, assim, um perigoso e impreciso contexto ideológico, de satanização, e ao mesmo tempo de canonização do estado de exceção.

O estado de exceção também resulta, segundo Agamben, da erosão dos poderes legislativos do parlamento⁹⁹, passivo e impotente, o que possibilita o ativismo da magistratura. No estado de exceção o executivo veste-se na qualidade de guardião da Constituição, na intuição de Carl Schmitt¹⁰⁰, situação que se realizou de modo fático na Alemanha do entre guerras, por força da aplicação do art. 48 da Constituição de Weimar¹⁰¹.

Para Agamben o estado de exceção encontra raízes conceituais na figura do “*institutos*” do direito público romano clássico. Nessa situação, dois cônsules governavam com base em um decreto baixado pelo Senado¹⁰². Suspendiam-se direitos, uma vez reconhecida uma transitória situação que exigia enfrentamento, e que a refinada nomenclatura da casuística juspublicista romana denominava de “*tumultus*”, expressão mantida pelas línguas neorromânicas, com o mesmo sentido originário. Legalizava-se a ditadura¹⁰³.

O estado de exceção, assim, seria instrumento de combate a uma necessidade¹⁰⁴. E é justamente aí que reside o perigo. Ainda que em sua feição contemporânea decorra da teorização do direito público da tradição democrático-revolucionária, e não da tradição absolutista¹⁰⁵ — é um tema de Robespierre, e não de Hobbes — o estado de exceção, “*impunemente, mediante a violência governamental, afasta o aspecto normativo do direito, eliminando-o*”¹⁰⁶. Assim, para Agamben, o totalitarismo faz do estado de exceção uma situação que apresenta um conteúdo aparente de legalidade¹⁰⁷. Por isso, assusta-nos a passagem de Agamben, para quem, “*o estado de exceção apresenta-se [...] como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo*”¹⁰⁸.

92 LEVI, Primo. *É isto um homem?* Rio de Janeiro: Rocco, 1988. p. 19.

93 A expressão é de Flávia Costa, em entrevista a Giorgio Agamben, publicada na Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, v. 18, n. 1, jan./jun. 2006.

94 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

95 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 11.

96 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

97 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 12.

98 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

99 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 19.

100 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 29.

101 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 23.

102 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 27.

103 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 75.

104 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 41.

105 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 16.

106 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 131.

107 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 13.

108 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004.

Constata-se o oxímoro da “*ditadura constitucional*”, formulado por Carl Schmitt; o estado de exceção permite que o executivo detenha plenos poderes, expressão que, segundo Agamben, decorre do “*verdadeiro laboratório da terminologia jurídica moderna do direito público: o direito canônico*”. No estado de exceção decretos são promulgados com força de lei¹⁰⁹. Regula-se por lei o que não pode ser normatizado¹¹⁰.

O estado de exceção revela-se, em seu sentido formal, como um espaço jurídico vazio¹¹¹, o que o descaracterizaria como instrumento de ditadura. Porém, as teorizações com as quais contamos não explicitam se o estado de exceção estaria dentro ou fora do ordenamento¹¹². A suspensão do ordenamento vigente, para a garantia de sua sobrevivência, acentua Agamben, não suscita uma resposta a uma lacuna normativa; o estado de exceção “*apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal*”¹¹³.

O estado de exceção revela-se como absolutamente perigoso, na medida em que anula o estado jurídico do indivíduo, a exemplo do que ocorrera com aquelas que foram alcançados por medidas de exceção norte-americanas¹¹⁴. Nesse sentido, anulando a “*potestas*”, isto é, o elemento normativo e jurídico da política, em favor da “*auctoritas*”, nomeadamente, o elemento anômico e metajurídico dos arranjos institucionais¹¹⁵, o estado de exceção é o instrumento que denuncia a suspeita matriz comum entre democracia e totalitarismo, instâncias que o provocativo Agamben concebe em um contexto de íntima solidariedade¹¹⁶.

O assunto pode ser avançado também com a discussão em torno do *estado de exceção* em Carl Schmitt¹¹⁷, a par, naturalmente, da relação desse notável constitucionalista alemão com o nazismo¹¹⁸ ou, ainda, e de modo mais radical, o tema das relações dos intelectuais com o poder¹¹⁹. Essa relação, que eventualmente amalgamou o conservadorismo com o antiliberalismo, é também de preocupação muito recorrente nas Ciências Sociais¹²⁰.

Carl Schmitt é reputado como o *Kronjurist*; nasceu na Westphalia, em 1888, onde morreu, em 1985. Lecionou nas Universidades de Greifswald (1921), Bonn (1922), Colônia (1933) e Berlim (1933-45)¹²¹. Deixou alguns discípulos que também se destacaram no direito público alemão, a exemplo de Ernest Forsthoff. Para Schmitt, a teoria do Estado seria uma teologia secularizada, por intermédio da qual o Deus onipresente fora substituído pelo legislador onipotente. A jurisprudência estaria para o direito, exatamente como o milagre

109 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 17.

110 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 22.

111 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 78.

112 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 38.

113 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 48.

114 Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 14.

115 Esses conceitos estão em AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Rio de Janeiro: Boitempo, 2004. p. 130.

116 Essa percepção é encontrada em pergunta de Flávia Costa feita a Giorgio Agamben na entrevista acima citada.

117 SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Massachusetts and London: The MIT Press, 1988.

118 Nesse tema, conferir, RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt in el Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

119 Conferir, nesse pormenor, GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 15. Gramsci inicia seu texto sobre os intelectuais indagando se “*os intelectuais são um grupo autônomo e independente, ou [se] cada grupo social tem uma sua própria categoria especializada de intelectual*”. Cf. também BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010; BOBBIO, Norberto. *Os Intelectuais e o Poder*. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997; POSNER, Richard. *Public Intellectuals- A Study of Decline*. Cambridge: Harvard University Press, 2004; SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: Realizações, 2011; SANTOS, João de Almeida. *Os intelectuais e o poder*. Lisboa: Fenda, 1999.

120 A exemplo de Oliveira Vianna e de Marcelo Caetano. Cf. BOMENY, Helena. Antiliberalismo como convicção: teoria e ação política em Francisco Campos. In: LIMONCIC, Flávio; MARTINHO, Carlos Palomanes. *Os intelectuais do antiliberalismo: projetos e políticas para outras modernidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010. p. 263-316. Conferir também para um estudo do *antiliberalismo*, HOLMES, Stephen. *The Anatomy of Antiliberalism*. Cambridge: Harvard University Press, 1996; Stephen Holmes classifica Roberto Mangabeira Unger como um antiliberal (p. 141 e ss.). Necessária comparação entre Francisco Campos e o pensamento de Carl Schmitt. Cf. MOUFFE, Chantal. (Ed.). *The Challenge of Carl Schmitt*. London: Verso, 1999; SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1996; SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1985.

121 Conferir BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução conservadora. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O Pensamento Alemão no Século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. v. 1. p. 83-122.

estaria para a teologia. Na essência, e esse o núcleo do dogma antiliberal de Carl Schmitt, “soberano é quem decide no estado de exceção”¹²².

Alguma ambiguidade para com o nazismo é descortinada na impressionante narrativa memorialística de Albert Speer¹²³. No caso específico de Albert Speer, há discussão intensa em torno de uma culpa efetivamente vivida¹²⁴ ou eventualmente construída como uma linha de defesa, forjadora da imagem do *bom nazista*¹²⁵; emblemático, nesse sentido, o pronunciamento final de Speer em Nuremberg, no qual a par da admissão da culpa há também um alerta para com os perigos do uso dos meios de informação por parte de regimes ditatoriais¹²⁶. Os arranjos institucionais do nazismo foram estudados por Franz Neumann¹²⁷, H.W. Koch¹²⁸ e Ingo Müller¹²⁹.

Há insumo de memorialística em Walter Benjamin¹³⁰, autor central na tradição crítica da Escola de Frankfurt, a propósito de infância vivida em Berlim, no início do século XX¹³¹. O ambiente que antecedeu ao nazismo, pode ser colhido em interessante biografia de Albert Einstein¹³², bem como em intrigante ensaio de Peter Gay¹³³. A relação de acadêmicos alemães com o nazismo é particularmente interessante no caso de Martin Heidegger¹³⁴, situação que justifica discussões em torno das relações entre filosofia e ideologia¹³⁵, em contexto de renúncia do conceito de verdade e de alguma realidade objetiva¹³⁶.

Quanto ao tema do nazismo propriamente dito, há farta literatura que explora vários aspectos do chamado III ° Reich. Entre outros, há o clássico de William Shirer¹³⁷, a par da exposição sintética de Jackson J. Spielvogel¹³⁸ e do contundente conjunto de relatos que compõem a edição de *Vozes do Terceiro Reich*¹³⁹. Deve-se conhecer também os estudos de Richard J. Evans relativos à ascensão¹⁴⁰ e a implantação do nazismo¹⁴¹. A organização do modelo processual penal alemão é tema afeto a Edmund Mezger, estudado por Francisco Muñoz Conde¹⁴².

O nacional-socialismo buscava justificação jurídica nos princípios de *Gleichung* (comprometimento) e de *Führerprinzip* (obediência ao líder político)¹⁴³. Desenvolveu-se poder autoritário de cunho carismático que manipulava e humilhava, mesmo à distância. Tinha-se premissa de um Direito como força resultante do poder e da violência. O nazismo revelava uma ideologia, exatamente no sentido de que ideologias não têm

122 Cf. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

123 SPEER, Albert. *Inside the Third Reich, Memoirs by Albert Speer*. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 1969.

124 SPEER, Albert. *Spandau: o diário secreto*. Rio de Janeiro: Artenova, 1977.

125 SERENY, Gitta. *Albert Speer: his Battle with Truth*. New York: Alfred A. Knopf, 1995.

126 Conferir MARRUS, Michael R. *The Nuremberg War Crimes Trial- 1945-46- a Documentary History*. Boston: St. Martin's; New York: Bedford, 1997. p. 224-ss.

127 NEUMANN, Franz. *Bebemoth. The Structure and Practice of National Socialism- 1933-1944*. New York: Harper, 1963.

128 KOCH, H. W. *In the name of the Volk- Political justice in Hitler's Germany*. New York: Barnes and Noble, 1999.

129 MÜLLER, Ingo. *Hitler's Justice- the Courts of Third Reich*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

130 Conferir GAGNEBIN, Jeanne-Marie. Walter Benjamin: estética e experiência histórica. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. p. 175-200.

131 BENJAMIN, Walter. *Obras Escolhidas II: rua de mão única*. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 71-142.

132 LEVENSON, Thomas. *Einstein em Berlim*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

133 GAY, Peter. *Weimar Culture- The outsider as insider*. New York: W. W. Norton; London: & Company, 2001.

134 Conferir MARTIN, Bernd. *Martin Heidegger und das Dritte Reich: Ein Kompendium*. Darmstadt: Wiss. Buchges, 1989.

135 Conferir EBELING, Hans. *Martin Heidegger: Philosophie und Ideologie*. Hamburg: Rowohlt's Enzyklopädie, 1991.

136 Conferir LOPARIC, Zeljko. Martin Heidegger e os fundamentos da existência. In: ALMEIDA, Jorge de; BADER, Wolfgang. *O pensamento alemão no século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2013. v. 1. p. 143.

137 SHIRER, William. *The Rise and Fall of the Third Reich, a History of Nazi Germany*. Greenwich: Fawcett, 1960.

138 SPIELVOGEL, Jackson. *Hitler and Nazi Germany: a History*. New Jersey: The Pennsylvania State University, 2004.

139 STEINHOF, Johannes; PECHER, Peter; SHOWALTER, Dennis. *Voices from the Third Reich*. Washington: Da Capo Press, 1994.

140 EVANS, Richard. *The Coming of the Third Reich*. London: Penguin Books, 2003.

141 EVANS, Richard. *The Third Reich in Power: How the Nazis Won Over the Hearts and Minds of a Nation*. London: Penguin Books, 2006.

142 Conferir CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

143 Conferir BECK, C. H. *Das Dritte Reich: Herrschaftsstruktur und Geschichte*. München: Beck, 1983.

histórias; ideologias fabricam histórias imaginárias. É fenômeno complexo que privilegia a aparência das coisas. Encobre ou dificulta o conhecimento da realidade social, não deixando-nos vê-la como é. Assegura determinadas relações dos homens entre si, camuflando diferenças, assegurando coesões, promovendo a aceitação sem críticas das tarefas mais penosas.

A fuga do nazismo é tema de algum modo explorado em autobiografia de Karl Popper¹⁴⁴. Karl Popper não admitia viver no ambiente normativo hitlerista, o qual quebrou tradição constitucional de fundamentação positiva, deslocando-se o epicentro da norma fundamental hipotética. A herança constitucionalista sofreu solução de continuidade, com paradoxal justificação positivista. O respeito à norma jurídica (*Rechtsnorm*) impediu a indagação da proposição justificativa (*Rechttssatz*). Quebrou-se a tradição, sob o lema da ordem e do respeito à tradição. Houve antinomia entre autoridade da lei antecedente e poder carismático do Führer; esse absorveu aquela.

O processo de desnazificação foi estudado, entre outros, por Pól O'Dochartaigh¹⁴⁵. A concepção e o desenvolvimento da corte constitucional alemã, entre outros, foi estudada por Nigel Foster e Satish Sule¹⁴⁶. A organização da corte constitucional alemã também foi estudada por Leonardo Martins¹⁴⁷ e por Luís Afonso Heck¹⁴⁸, brasileiros que pesquisaram na Alemanha. A história constitucional alemã foi explorada por H. W. Koch¹⁴⁹; os textos constitucionais são apresentados por Elmar M. Hucko¹⁵⁰. Há, também, expressivo excerto que retoma os principais pontos da histórica constitucional alemã em Klaus Stern¹⁵¹. Uma síntese da história alemã é o tema do livro de Mary Fulbrook¹⁵². A jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão é estudada por Jürgen Schwabe, em coletânea para o português organizada por Leonardo Martins¹⁵³.

A discussão também chegou ao cinema, dado que questões relativas à germanística e aos problemas vividos pela Alemanha são recorrentes na chamada sétima arte. Leni Riefenstahl notabilizou-se por dirigir *O Triunfo da Vontade* (*Triumph des Willens*), que lhe rendeu o Festival de Veneza de 1936 e a acusação de ser a cineasta de Hitler. O diretor italiano Roberto Rossellini rodou *Alemanha Ano Zero*, clássico do neorealismo italiano. A linha argumentativa do filme se desdobra entre os vários dramas da reconstrução alemã. *O Leitor*, baseado no elogiadíssimo *Der Vorleser*, de Bernhard Schlink, retoma o tema da culpa; pode-se afirmar que o personagem central, Michael Berg, consubstancia as ambiguidades da própria Alemanha. *A Vida dos Outros - Das Leben der Anderen*, dirigido por Florian Henckel von Donnersmarck explora o jogo de influências e opressões que marcou a Alemanha Oriental na década de 1980. Esses dois últimos filmes serão resenhados ao longo do presente ensaio.

3. O TEMA DA CULPA E A RECONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL ALEMÃ NOS PÓS-GUERRA

Sigmund Freud já havia evidenciado a angústia decorrente da constatação de que a cultura não seria aperfeiçoamento, perfeição ou sublime manifestação da condição humana¹⁵⁴. Essa angústia fora talvez vivi-

144 POPPER, Karl. *Búsqueda sin término: una autobiografía intelectual*. Madrid: Tecnos, 2002. especialmente p. 141-148.

145 O'DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945*. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

146 FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. especialmente p. 159-283.

147 MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

148 HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contribuinto para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012.

149 KOCH, H. W. *A constitutional history of germany in the nineteenth and twentieth centuries*. London and New York: Longman, 1984.

150 HUCKO, Elmar M. *The democratic tradition, four german constitutions*. Oxford: BERG, 1989.

151 STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 197-201.

152 FULBROOK, Mary. *A Concise History of Germany*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

153 SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão*. Berlin; Montevideu: Konrad-Adenauer Stiftung E. V., 2005.

154 Cf. FREUD, Sigmund. Civilization and its Discontents. In: GAY, Peter. (Ed.). *The Freud Reader*. New York; London: Norton & Company, 1995. Há várias traduções em português. Entre outras, FREUD, Sigmund. *O Mal-Estar na Civilização*. Lisboa: Imago;

da pessoalmente pelo psicanalista de Viena que, fugindo à fúria nazista, se deslocou até a Inglaterra, onde faleceu. Particular e pessoalmente assaltado pela estupidez do antissemitismo (como estúpida e insultosa é toda forma de xenofobia), Freud alistou-se entre os descontentes com a civilização. A promessa iluminista da libertação humana pela racionalidade foi desmentida com a agonia vivida nos campos de concentração e com as bombas assassinas que mataram civis, mulheres e crianças, naquela que foi a maior carnificina da história. É esse último aspecto, em resumo, o tema central das investigações da Escola de Frankfurt¹⁵⁵, da qual Jürgen Habermas é um membro bem mais jovem.

Não se pode negar que o ceticismo do pai da psicanálise em grande parte se deve à depressão econômica de 1929 bem como na ascensão do nazismo na Alemanha. Freud denunciou um conflito do homem com a civilização, opondo liberdade e imaginária igualdade. Ao fim da vida, sua fuga de Viena parece confirmar tanta premonição¹⁵⁶. É este o grande tema de *Das Unbehagen in der Kultur*, que alguns traduzem como *O Mal-Estar na Civilização*, outros como *O Mal-Estar na Cultura*, e outros (principalmente da tradição norte-americana) como *A Civilização e seus Descontentes*. A crítica de Freud aos conteúdos simbólicos da vida civilizada (assunto que ele aprofundou em *O Futuro de uma Ilusão*) é também muito forte em relação a percepções de religião

Bernhard Schlink, professor, que foi juiz de uma corte constitucional alemã, constitucionalista, historiador do direito, também autor de notável obra de ficção, discutiu o tema da culpa vivida pelos alemães no contexto da ambiguidade entre jusnaturalismo e juspositivismo¹⁵⁷, especialmente no que se refere ao papel do direito na superação desse sentimento¹⁵⁸.

O acerto de contas com o passado é uma obsessão em Bernhard Schlink, que nasceu em 1942, isto é, três anos antes do fim da guerra. Bernhard Schlink tratou a angústia faústica do *domínio do passado* (*Vergangenheitsbewältigung*) como uma impossibilidade humana. Para Bernhard Schlink, o passado não pode ser dominado; pode ser lembrado, esquecido, reprimido; pode ser vingado, punido, modulado; pode ser motivo e fundamento de arrependimento; pode ser repetido, consciente ou inconscientemente; suas consequências podem gerenciadas; pode ser encorajado ou desencorajado; pode ser monitorado no que se refere a seu impacto, no presente ou no futuro; o que está feito, porém, não pode ser alterado: o passado é inacessível e irrevogável¹⁵⁹.

O pavor com a repetição do passado é também tema de intrigante filme alemão, refiro-me a uma última versão, de 2008, dirigido por Dennis Gansel, e denominado de *A Onda* (*Die Velle*, no original). Estrelado por Jürgen Vogel, Frederick Lau, Max Riemelt, Jennifer Ulrich, entre outros, trata-se de drama centrado em um professor alemão entediado, a quem a direção da escola determina que leccione sobre totalitarismo.

A culpa coletiva, a presença ameaçadora do passado, a possibilidade (ou impossibilidade) do direito apreender e dominar o que já ocorreu, bem como a esperança do perdão e da reconciliação são permanentes questões que orientam o trabalho de Bernhard Schlink, ficcional e ensaístico, para quem:

Quando falamos da culpa para com o passado, não estamos pensando em indivíduos, ou mesmo em organizações, porém antes em uma culpa que infecta toda uma geração que vive uma era — e no senso de uma era, ela mesma. E mesmo quando essa era já se foi, ela projeta uma sombra longa sobre

Relógio D' água Editores, 2008. Tradução de Isabel Castro Silva. Cf. também RIEFF, Philip. *Freud: the mind of of the moralista*. Chicago: The University of Chicago Press, 1979, interessante estudo a propósito da teoria política de Sigmund Freud, a partir de uma investigação das concepções morais do pai da Psicanálise. Cf. ROAZEN, Paul. *Freud- Political & Social Thought*. New Brunswick & London: Transaction Publishers, 1999.

155 WIGGERSHAUS, Rolf. *The Frankfurt School- its History, Theories and Political Significance*. Cambridge: The MIT Press, 1995; JAY, Martin. *The Dialectical Imagination: a History of the Frankfurt Scholl and the Institute of Social Research- 1925-1950*. Berkeley: University of California Press, 1996. HELD, David. *Introduction to Critical Theory: Horkheimer to Habermas*. Berkeley: University of California Press, 1980.

156 Cf. COHEN, David. *A Fuga de Freud*. Rio de Janeiro: Record, 2010.

157 Cf. SCHLINK, Bernhard. *Der Vorseler*. Zürich: Diogenes Taschenbuch, 1997.

158 Cf. SCHLINK, Bernhard. *Guilt about the past*, cit.

159 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 43. No original: “*What is past cannot be mastered. It can be remembered, forgotten or repressed. It can be avenged, punished, atoned for and regreted. It can be repeated, consciously or unconsciously. Its consequences can be managed either to encourage or discourage their impact on the present or the future. But what is done is done. The past is unassailable and irrevocable*”.

o presente, afetando com o sentimento de culpa, de responsabilidade e de autoquestionamento as gerações mais recentes¹⁶⁰.

Isto é, no problema historiográfico tratado neste artigo, o pensamento em alguma culpa coletiva do passado é a referência a uma culpa que afeta toda uma geração¹⁶¹, especialmente no contexto de um grupo que nasceu e que viveu a primeira infância entre 1914-1933¹⁶². Com o fim do IIIº Reich, o ônus da culpa para com o passado tornou-se uma experiência existencial alemã, um tópico recorrente na vida cultural desse país¹⁶³; haveria, assim, um culpa coletiva vivida por toda uma geração. Esse sentimento, de algum modo, exigia um enfrentamento e uma sublimação, situação que pode ter engendrado positivamente na concepção da dogmática dos direitos fundamentais. A busca de uma sensação de solidariedade existencial e cultural, negadora de um passado brutal, conectou a superação de um trauma por uma ética de responsabilidade¹⁶⁴. De um modo assustadoramente realista, Bernhard Schlink colocou o problema nos termos seguintes, em tradução livre minha:

[...] Os crimes cometidos antes de 1945 não incluem apenas executores, incitadores e praticantes de atos acessórios; houve também aqueles que eram completamente capazes de resistência e oposição, mas que nada fizeram. Depois que foram cometidos havia a possibilidade de se manter ou se retirar a solidariedade para com esses crimes. Os criminosos e aqueles que de algum modo estavam envolvidos tinham a possibilidade de se manter no círculo daqueles que eram solidários com os crimes, ou se retirar desses grupos. Uma perspectiva histórico-jurídica demonstra que os atos de recusa de renúncia, de recusa de julgamento ou de recusa de repúdio carrega uma culpa própria em si mesma¹⁶⁵.

Para Bernhard Schlink, são culpados, de alguma forma, também todos aqueles que não ofereceram forma de oposição¹⁶⁶. Em passo de marcante relato geracional, Schlink lembrou que faz de um grupo de pessoas que nasceu nos últimos anos da guerra, que cresceu na República Federal da Alemanha, que junto com esse grupo passou por um mundo intato da década de 1950, que se cansaram dessa estabilidade e dessa mesmice e se rebelaram na década de 1960, quando se politizaram, que na década de 1970 esse grupo avançou na vida profissional, e que, na década de 1990, esse grupo alcançou importantes postos na política, no governo, na economia, na educação e na mídia; em poucos anos, arrematou Schlink, *sua estrela deixaria de brilhar...*¹⁶⁷

O passado teria dimensionado o modo como a geração de Schlink compreenderia a liberdade, a igualdade e um sistema justo de governo¹⁶⁸; e foi essa geração que esteve à frente do Tribunal Constitucional, dos postos mais importantes no governo, das cátedras de Direito Constitucional e Administrativo, da aplicação da Lei Fundamental de 1949. Essa geração cresceu e foi formada sob forte influência das reminiscências do IIIº Reich e do holocausto¹⁶⁹. Na raiz do problema, ainda segundo Schlink, em tradução livre minha:

O que é ao mesmo tempo historicamente único e persistentemente perturbador sobre o holocausto é que a Alemanha, com sua herança cultural e lugar definido entre as nações civilizadas, foi capaz desse tipo de atrocidade. Isso levanta questões perturbadoras: se a camada de gelo que envolve uma civilização culturalmente avançada, sobre a qual alguém com segurança se rejubila, fora de fato uma camada tão

160 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 1. No original: “When we speak of guilt about the past, we are not thinking about individuals, or even organisations, but rather a guilt that infects the entire generation that lives through an era- and in a sense the era itself. Even after the era is past, it casts a long shadow over the present, infecting later generations with a sense of guilty, responsibility and self-questioning”.

161 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 1.

162 Conferir KLEINDIENST, Jürgen. *Zwischen Kaiser und Hitler- Kindheit in Deutschland- 1914-1933*. Berlin: Zeitgur Verlag GmbH, 2006.

163 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

164 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 13.

165 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 15. No original: “[...] The crimes committed before 1945 did not include only perpetrators, inciters, and accessories to the crimes: there were also those who were fully capable of resistance and opposition but did nothing. After the crimes had been committed it was possible to either maintain or withdraw solidarity from them. The perpetrators and those who were implicated in one way or another in the crimes could have either remained within the circle of solidarity or have been cast out of it. The legal historical perspective shows that the act of not renouncing, not judging and not repudiating carries its own guilty with it”.

166 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 17.

167 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 23.

168 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 24.

169 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 25.

finalidade naquele tempo, pergunta-se quão forte seria essa camada de gelo sobre a qual hoje se vive. O que nos protege contra o fato de que essa camada pode-se quebrar e que podemos cair? A moralidade individual? As instituições sociais e estatais? Essa camada de gelo se tornou mais grossa com o tempo ou a passagem do tempo apenas nos permitiu que esqueçamos o quão fina é essa camada na realidade?¹⁷⁰

Esse problema se coloca sobre várias outras e inusitadas formas. Schlink lembra que, à época da reunificação da Alemanha, discutia-se se os magistrados que atuavam na Alemanha Oriental permaneceriam a frente de suas respectivas jurisdições¹⁷¹. Havia intensa oposição, por parte dos juizes que atuavam na Alemanha Ocidental, onde Schlink vivia e julgava. Argumentava-se que os juizes da Alemanha Oriental não teriam sido capazes de defender e manter a independência do magistrado, seguindo, em regra, as ordens que eram dadas pelos líderes do partido comunista¹⁷².

Não poderiam, à luz desse argumento, exercer a magistratura. Não poderiam ser juizes independentes em um Estado de Direito, no qual pontificava uma legalidade jurídica inspiradora e garantidora do bem estar e da segurança da coletividade. Porém, problematiza Schlink, os juizes da Alemanha Ocidental não queriam desagradar autoridades políticas, de quem alguma ascensão na carreira se esperava; havia dependência para com promoções. Por isso, assinaram uma petição coletiva¹⁷³; a diferença de papéis era meramente quantitativa, e não substancialmente qualitativa.

O tema da culpa, tão recorrente na cultura alemã dos pós-guerra, é também central em famoso livro de Bernhard Schlink, *Der Vorleser* (O Leitor), cuja versão cinematográfica alcançou estrondoso sucesso. A alemã do romance de Schlink remete-nos ao complicadíssimo assunto da relação de toda uma geração de mulheres alemãs com o nazismo¹⁷⁴, especialmente no que se refere a indagações sobre mulheres alemãs comuns que teriam participado de assassinatos em massa de judeus, ou da participação em ações criminosas em lugares como a Ucrânia, a Bielorrússia e a Polônia, de um modo que não teriam admitido depois da guerra¹⁷⁵. Como se argumentou, “*as mulheres do nazismo não eram sociopatas martinais [...] elas acreditavam que suas ações violentas eram atos de vingança justificados, praticados contra inimigos do Reich [...] na mente delas, esses atos eram expressões de lealdade*”¹⁷⁶. Por outro lado, sigo com a mesma autora:

As mulheres do nazismo eram zelosas administradoras, ladras, torturadoras e assinas nas terras de sangue. Elas se fundiram em centenas de milhares — pelo menos um milhão — de mulheres que foram para o Leste. O próprio número já demonstra a importância das alemãs no sistema nazista de guerra genocida e governo imperial. A Cruz Vermelha alemã treinou 640 mil mulheres durante a era nazista, e cerca de 400 mil serviram na guerra. A maioria delas foi enviadas para áreas de retaguarda ou para perto das zonas de batalha nos territórios do Leste. Trabalhavam em hospitais de campo do Exército e da Waffen-SS, em plataformas de trem, servindo refeições a soldados e refugiados, em centenas de acampamentos de soldados, socializando com tropas alemãs na Ucrânia, Bielorrússia, Polônia e no Báltico. O exército alemão treinou mais de 500 mil mulheres jovens em posições de apoio — por exemplo, operando rádio, arquivando, registrando voos, grampeando comunicações [...] Na região da Polônia anexada, que era um laboratório de ‘germanização’, os líderes nazistas empregaram milhares de professoras¹⁷⁷.

Houve intensa participação de mulheres alemãs nesse contexto, no sentido de que “[...] como agentes da construção do império nazista, a essas mulheres cabia o construtivo trabalho de um processo ‘civilizatório’ germânico [...] no entanto, as práticas construtivas e destrutivas das conquistas e ocupações nazistas eram inseparáveis”¹⁷⁸. A questão é central no argumento aqui apresentado, na medida em que se considera que

170 Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 29. No original: “*What is both historically unique and persistently disturbing about the Holocaust is that Germany, with its cultural heritage and place among civilised nations, was capable of those kinds of atrocities. It elicits troubling questions: if the ice of a culturally-advanced civilisation upon which one fancied oneself safely standing was in fact so thin that at that time, then how safe is the ice we live upon today? What protects us from falling through it? Individual morality? Societal and state institutions? Has the ice grown thicker with time or has the passage of time only allowed us to forget how thin it really is?*”.

171 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., p. 31.

172 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

173 Cf. Schlink, Bernhard, *Guilt about the past*, cit., loc. cit.

174 Conferir, especialmente, e por todos, LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

175 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 15.

176 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 16.

177 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 19.

178 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014.

Todas as mulheres alemãs era obrigadas a trabalhar e contribuir para o esforço de guerra, em cargos remunerados ou não. Elas administravam orfanatos, fazendas familiares e negócios. Cumpriam horário em fábricas e em modernos edifícios de escritórios. Dominavam no setor agrícola e nas profissões ‘femininas’ de colarinho-branco, de enfermagem e secretariado. Em Weimar e na Alemanha nazista, de 20% a 30% do corpo docente eram mulheres. Na expansão do aparato de terror do Reich, surgiram novas opções de carreiras para mulheres, inclusive nos campos de concentração¹⁷⁹.

Essa intensa participação de mulheres também se revela positivamente no esforço do pós-guerra, na medida em que “[...] só em Berlim, estima-se que 60 mil mulheres removeram os destroços e retiraram as ruínas da capital, descartando o passado em favor do futuro [...] foram louvadas por inspirar o milagre econômico da Alemanha Ocidental e o movimento dos trabalhadores da Alemanha Oriental”¹⁸⁰. Descortina-se, e agora retomo o lado negativo da questão, uma questão de gênero, sobretudo porque “[...] todas as histórias sobre o Holocausto deixam de fora metade da população dessa sociedade, como se a história das mulheres acontecesse em algum outro lugar [...] é uma abordagem ilógica e uma omissão estranha [...] as dramáticas histórias dessas mulheres revelam o lado mais negro do ativismo feminino [...] mostram o que pode acontecer quando mulheres de várias origens e profissões são mobilizadas para a guerra e aquiescem ao genocídio”¹⁸¹.

A questão transcende no tempo, em virtude da pouca idade das pessoas que colaboraram com o nazismo, de forma que esses colaboradores ainda eram ativos no pós-guerra. Chama a atenção o fato de que

As legiões de secretárias que mantiveram a máquina de morte funcionando tinham entre 18 e 25 anos de idade. As enfermeiras que trabalhavam nas zonas de guerra, que assistiam os experimentos médicos e aplicavam injeções letais também eram profissionais jovens. As amantes e esposas da elite da SS, cuja missão era ter filhos saudáveis para assegurar a pureza da raça ariana, estavam – como se exigia – em idade fértil. A média de idade de um guarda de campo de concentração era de 26 anos. A mais jovem tinha apenas 15 anos quando foi designada para o campo de Gross-Rosen, na Polônia anexada¹⁸².

Pode-se também perceber uma ponta de denúncia relativa a suposto comprometimento da intelectualidade alemã (*Gleichhaltung*) com as diretrizes do nacional-socialismo (*Führerprinzip*) e, nesse sentido, numa das prováveis traves de interpretação do enredo, os argumentos do professor de Direito.

O Leitor, de Bernhard Schlink, parece conduzir uma fabulização da condição moral da herança coletiva da culpa vivida com o fim da guerra, assunto também explorado por Karl Jaspers. Alemão, professor na Universidade de Heidelberg, muito ligado a Hanna Arendt, Karl Jaspers fora muito hostilizado pelos nazistas, que o afastaram da cátedra, ainda em 1937. O casamento de Jaspers com uma judia, Gertrud Mayer, suscitou a ira dos nazistas, que o perseguiram de modo insistente. Jaspers seguiu para a Suíça, onde lecionou na Universidade de Basileia, até sua aposentadoria. Karl Jaspers faleceu em 1969¹⁸³.

Jaspers investigou e problematizou o tema da culpa alemã, que definiu e dividiu em culpa moral, política, e metafísica. O culpado, do ponto de vista criminal, seria o alemão que teria violado a lei, isto é, o direito natural e as normas positivas de direito internacional. O culpado político fora o alemão que permitira os excessos do regime; as potências invasoras, assim, estariam legitimadas para responsabilizar os vencidos. A culpa moral atingiria a todos aqueles que invocavam que cumpriam ordens superiores. A culpa metafísica, a mais complexa delas, porque transcendia aos alemães, seria de todos aqueles que sobreviveram, e que se lembravam de que todos quantos sofreram e morreram nos campos de extermínio. Isto é, os judeus que sobreviveram, sofriam por aqueles que foram sacrificados¹⁸⁴.

179 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 20-21.

180 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 23.

181 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 26.

182 LOWER, Wendie. *As mulheres do nazismo*. Rio de Janeiro: Rocco, 2014. p. 27.

183 Conforme colhido no verbete Karl Jaspers, em HUISMAN, Denis. *Dicionário dos filósofos*. São Paulo: M. Fontes, 2004. p. 543 e ss.

184 Cf. JASPERS, Karl. *The Question of German Guilty*. New York: Fordham, 2001.

Hannah Arendt, que fora aluna de Jaspers, com quem manteve ao longo da vida intensa correspondência, também tratou recorrentemente do tema da culpa alemã, problematizando que havia alguma desproporção entre o crime e o castigo, no sentido de que os crimes eram de brutalidade e de perversidade sem precedentes; essa culpabilidade contrastava com todas as culpabilidades. É o que lê em carta, reproduzida em ensaio biográfico de Sylvie Courtine-Denamy:

Os crimes alemães parecem-me para além dos limites da lei e é precisamente nisso que consiste a sua monstruosidade. Talvez seja essencial enforçar Goering, mas é totalmente inadequado. Essa culpabilidade contrasta com todas as outras culpabilidades criminais, ultrapassa e quebra todos os sistemas jurídicos. É a razão pela qual os nazis, em Nuremberg, dão provas de tanta arrogância. Eles sabem-no bem. E, do mesmo modo que a sua culpabilidade é desumana, também o é a inocência das suas vítimas [...]. Não temos qualquer meio para tratar, a um nível humano, uma culpabilidade que está para além do crime e uma inocência que está para além da bondade e da virtude¹⁸⁵.

O assunto persiste por anos no ambiente do direito público alemão. O tema da culpa é potencializado com especulações em torno de ligações com o nazismo, especialmente entre professores e autores alemães. Michael Stolleis explorou o tema em ensaio sobre o constitucionalista Theodor Maunz (1901-1993)¹⁸⁶.

4. A LEI FUNDAMENTAL, O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL E A AGENDA POSITIVA E PROPOSITIVA DE UMA NOVA CULTURA POLÍTICA

A Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) é de 23 de maio de 1949 e tem sido eventualmente emendada, especialmente em virtude do processo de reunificação, que se consolidou após a queda do Muro de Berlim, em 9 de novembro de 1989¹⁸⁷. A utilização da expressão *Grundgesetz* (Lei Fundamental) ao invés de *Verfassung* (Constituição) suscita compreensão originariamente provisória do texto aprovado em 1949.

Verificou-se forte influência dos países aliados que então ocupavam a Alemanha Ocidental, e que apostavam no processo de reunificação como contrapeso à influência soviética no contexto geopolítico europeu. Nesse sentido, afrontou-se historicamente percepção da doutrina constitucional alemã que alcançava a natureza de um texto constitucional como ordenação da vontade de um grupo social¹⁸⁸, o que evidentemente nos remeteria a um grupo social local, bem entendido. Em Londres, representantes da Inglaterra, da França, dos Estados Unidos, da Bélgica, da Holanda e de Luxemburgo (o grupo denominava-se de *London 6-Powers*) recomendaram, em 1º de julho de 1948, a criação de um Estado Alemão, na porção ocidental da Alemanha, em oposição à situação política que se desenhava, na porção oriental, de ocupação soviética.

Subsequentemente, realizou-se um encontro diplomático em Frankfurt, no qual se produziu um documento, os *Frankfurt Documents*, entregue aos vários governadores dos *Länder* da Alemanha ocupada por ingleses, franceses e norte-americanos¹⁸⁹, no qual a recomendação para a criação de um Estado Alemão torna-se uma ordem efetiva, com diretivas então abertamente colocadas pelos aliados vencedores. Uma Assembleia Constituinte deveria se reunir até 1º de setembro de 1948. O texto a ser produzido por essa assembleia deve-

185 Arendt, Hannah, *Correspondência- Carta nº 43, de 17 de agosto de 1946*, colhida em COURTINE-DENAMY, Sylvie. *Hannah Arendt*. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p. 98.

186 STOLLEIS, Michael. *The Law under the Swastika- Studies on Legal History in Nazi Germany*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1998. p. 185 e ss.

187 O muro de Berlim (*Die Mauer*) é tema de impressionante narrativa histórica na qual a guerra fria e as ambiguidades da cultura alemã se cruzam. Conferir o excelente relato de WOLFRUM, Edgar. *Die Mauer- Geschichte einer Teilung*. München: Verlag C. H. Beck oHG, 2009.

188 Cf. SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 129.

189 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 85.

ria ser submetido à aprovação dos governantes militares que então ocupavam a Alemanha. Em seguida, seria referendado pelos vários *Länder*. Uma vez aprovado o texto constitucional, emendas supervenientes seriam submetidas aos aliados militares, a quem caberia também o controle da política externa alemã. Os aliados vencedores da guerra persistiam no que denominavam de *a política dos cinco 'd's': desmilitarização, desnazificação, democratização, desarmamento e descentralização*¹⁹⁰.

Os *Documentos de Frankfurt* (*Die Frankfurter Dokumente*) compunham-se de três orientações básicas. O *Documento nº I* tinha como objetivo uma Assembleia Constitucional (*Nationalversammlung*) que aprovaria um texto constitucional. O *Documento nº II* imputava responsabilidades e funções aos governadores dos *Länder*, com respectivos limites de atuação. Por fim, o *Documento nº III* também fixava diretrizes para atuação dos ocupantes¹⁹¹.

Uma comissão fora convocada especialmente para redigir um texto básico que seria proposto à Assembleia que então se cogitava. As reuniões foram realizadas na Bavária, em um castelo que fora utilizado por Ludwig II, em *Herrenchiemsee*, de onde o nome que foi dado ao grupo: *Convenção de Herrenchiemsee*¹⁹². Essas reuniões foram dominadas por Carlo Schmid¹⁹³, um constitucionalista brilhante, social-democrata, nascido na França, filho de uma francesa. Carlo Schmid insistia que o núcleo de uma democracia consistia na adoção de regras claras que não permitissem que um partido que pregasse o fim da democracia chegasse ao poder¹⁹⁴. Houve também muito influência de Hans Nawiasky, membro da delegação do *Länder* da Bavária, discípulo de Hans Kelsen. Nawiaky teria participado da elaboração de um documento importante naquele momento, que fixava alguns pontos centrais que deveriam constar da constituição que então se debatia¹⁹⁵. Entre eles, o tema do controle de constitucionalidade de normas¹⁹⁶.

O texto então redigido, preparado e discutido propunha regra proibitiva de algumas emendas, o que desde então passa a ser denominado de *a cláusula de eternidade*. Proibiu-se o plebiscito, arranjo institucional que era visto como o grande problema da Constituição de Weimar, diretamente responsável pela ascensão do nazismo ao poder¹⁹⁷.

Em 8 de maio de 1949 o texto foi aprovado em Bonn. Em 12 de maio os aliados militares assinaram e referendaram o texto, que passou a ter plena vigência (ainda que apenas na Alemanha Ocidental) em 23 de maio de 1949. A nova ordem constitucional foi aplicada no contexto de reconstrução da Alemanha, época marcada pela lógica de *um novo começo*¹⁹⁸, que pautou a década de 1950¹⁹⁹, ainda que recorrente a lembrança e o desespero em face de Auschwitz²⁰⁰.

190 Cf. O'DOCHARTAIGH, Pól. *Germany since 1945*. New York: Palgrave Macmillan, 2004. p. 5.

191 Cf. MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 4.

192 Cf. MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975.

193 Não se pode confundir Carlo Schmid com Carl Schmitt; este último é o constitucionalista ligado ao nazismo, aquele primeiro é o constitucionalista ligado à concepção da constituição democrática que a Alemanha adotou em 1949.

194 Cf. KITCHEN, Martin. *A History of Modern German- 1800-2000*. London: Blackwell, 2006. p. 323.

195 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*: contribuinto para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 86.

196 Cf. MAURER, Helmut. *Contributos pra o direito do Estado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007. p. 217 e ss.

197 Há interessantes estudos produzidos no Brasil nas décadas de 1920 e 1930 sobre a Constituição de Weimar. Conferir, entre outros, GARCIA, Aprígio G. de Amorim. *A Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919*. Rio de Janeiro: [s.n], 1924; VIANA, Victor. *Uma Constituição do Século XX: o código de Weimar e a Moderna Alemanha*. Rio de Janeiro: Typografia do Jornal do Commercio, 1931. Na literatura alemã, entre outros, um clássico: ANSCHUTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919- Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Berlin: Verlag Gehlen, 1968.

198 Cf. KLEINDIENST, Jürgen (Org.). *Deutschland- Wunderland- Neubeginn- 1950-1960- Erinnerungen aus Ost und West*. Berlin: Zeitgut Verlag, 2003.

199 Cf. BÖNISCH, Georg; WIEGREFFE, Klaus (Org.). *Die 50er Jahre- vom Trümmerland zum Wirtschaftswunder*. München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2006.

200 Cf. FREI, Norbert. *1945 und Wir- Das Dritte Reich im Bewusstsein der Deutschen*. Ulm: Verlag C. H. Beck, 2005. especialmente p. 156 e ss.

A Lei Fundamental foi concebida também como arranjo institucional que não obstruísse um natural caminho que deveria ser seguido até a reunificação²⁰¹. Trata-se do chamado princípio da *Wiedervereinigungsgebot*, isto é, todos os órgãos da República Federal da Alemanha deveriam fazer tudo o que fosse possível para que a Alemanha se reunificasse²⁰². A formalização da reunificação territorial deu-se em 3 de outubro de 1990, circunstância constitucionalmente prevista e amparada pelo art. 23 da Constituição Alemã. A primeira eleição para o Parlamento realizada na Alemanha reunificada deu-se em 2 de setembro de 1990. O vencedor foi Helmut Kohl, da União Demócrata Cristã-CDU, partido que foi criado em 1945.

O tema da reunificação suscitou muitas questões que foram julgadas pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão. Exemplifico com caso de interpretação um tratado assinado entre as Alemanhas Ocidental e Oriental (*Grundlagenvertrag*)²⁰³. Na ocasião, fixou-se que a cidadania alemã era única, o que significava que *todos os alemães*, ocidentais e orientais, gozavam da proteção da República Federal da Alemanha. Essa decisão foi absolutamente importante em 1989 quando fugitivos da República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) buscaram asilo em Budapeste²⁰⁴. O tratado teve também como consequência a inserção de mais um artigo na Constituição Alemã (art. 143), disposição transitória que propiciou acomodação entre as ordens normativas dos dois Estados²⁰⁵.

Há também as ordens normativas das várias unidades federadas (*Länder*), que podem promulgar suas próprias constituições. São presentemente 16 *Länder*²⁰⁶. Concebe-se federalismo vertical, porquanto “a ordem constitucional nos Estados deverá se sujeitar aos princípios do Estado de direito republicano, democrático e social”. O direito constitucional alemão prevê supremacia da lei federal em face de lei estadual (*Bundesrecht bricht Landesrecht*). A Federação detém personalidade de direito público externo, na medida em que exerce capacidade para conduzir relações com Estados estrangeiros. Há regra que determina, porém, que a Federação deve ouvir os estados antes de firmar tratados que os afete particularmente. Às unidades federadas confere-se, nos limites de suas competências legislativas, e com aprovação do Governo Federal, o poder de firmar tratados com Estados estrangeiros, o que denominamos de *paradiplomacia*.

O republicanismo, a democracia (*Demokratienprinzip*), a legalidade (*Rechtsstaatsprinzip*), o Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*) e o federalismo (*Bundesstaatsprinzip*) são os princípios centrais que informam a Lei Fundamental²⁰⁷. Discussão que ilustra o tema do princípio democrático é a que se desdobrou quando o Schleswig-Holstein permitiu o voto a estrangeiros, conquanto que comprovassem cinco anos de residência na Alemanha²⁰⁸.

O Tribunal Constitucional Federal foi instado a se pronunciar se essa regra local era compatível com o princípio democrático. A decisão baseou-se na dicção constitucional que tratava do conceito de *povo de um Estado* (*Staatsvolk*); e porque aos estrangeiros que se permitia votar não se ajustava efetivamente na compreensão literal de *Staatsvolk* é que o Tribunal cotou pela inconstitucionalidade da regra, que atentaria contra a concepção vigente de democracia²⁰⁹.

201 O tema da Lei Fundamental como base jurídica da unificação alemã foi estudado também por Konrad Hesse, que foi juiz do Tribunal Constitucional Federal de 1975 a 1987. Conferir, HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Porto Alegre: S. A Fabris, 1998. p. 83 e ss.

202 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 160.

203 BVerfGE 36, 1- *Grundlagenvertrag*.

204 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

205 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 162.

206 Nomeadamente: Baden-Württemberg (capital-Stuttgart), Baviera (capital-Munique), Berlim (capital-Berlim), Brandemburgo (capital-Potsdam), Bremem (capital-Bremem), Hamburgo (capital-Hamburgo), Hessen (capital-Wiesbaden), Mecklemburgo-Pomerânia Oriental (capital-Schwerin), Baixa Saxônia (capital-Hannover), Renânia do Norte-Vestfália (capital-Düsseldorf), Renânia-Palatinado (capital-Mainz), Saarland (capital-Saarbrücken), Saxônia (capital-Dresden), Saxônia (capital-Magdeburg), Schleswig-Holstein (capital-Kiel) e Turíngia (capital-Erfurt).

207 Cf. OSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 168.

208 BVerfGE 83, 37- *Ausländerwahlrecht Schleswig-Holstein*. O caso também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 197-199.

209 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 170.

O princípio do Estado Social (*Sozialstaatsprinzip*)²¹⁰ foi também explicitado pelo Tribunal Administrativo Federal²¹¹. Ilustro com a reclamação de um cidadão alemão, que se insurgiu com os valores de previdência social que recebia, alegando que eram tão insignificantes, que apenas permitiam que seu aluguel fosse pago²¹². Foi questionada a capacidade do interessado em receber seguro social, pelo que, com mais razão, concluiu-se que este não poderia questionar as importâncias que recebia. Há direito a prestações sociais do Estado, conquanto que se tenha lei nesse sentido, pelo que a opção é do legislador, e não direito imediato e absoluto do cidadão²¹³.

As disposições constitucionais devem ser interpretadas de modo que não se permitam orientações contraditórias, especialmente porque a agenda de direitos fundamentais alcançará também terceiros²¹⁴. Busca-se modelo harmônico, centrado em princípio de *concordância prática* (*praktische Konkordanz*). Há exemplo recorrente que ilustra a aplicação desse princípio, por parte do Tribunal Constitucional Federal. Trata-se do caso *Mephisto*²¹⁵, julgado em 24 de fevereiro de 1971.

Tratava-se de um romance, *Mephisto*, no qual o autor, Klaus Mann, narrou a carreira de personagem imaginário, Hendrik Höfgen, que trabalhara como ator no tempo do IIIº Reich, e que no enredo era caracterizado como uma pessoa oportunista. Espécie de *roman-a-cléf*, Höfgen era, na verdade, representação idealizada de um personagem real, Gustaf Gründgens. Este invocou proteção de sua dignidade, enquanto que o autor da novela insistiu que a concepção do romance, e dos personagens, era protegida pela liberdade de expressão. O Tribunal entendeu que o autor e o ofendido detinham, ambos, direitos tutelados pela Lei Fundamental. Isto é, deveria se proteger a dignidade de Gründgens, do mesmo modo que deveria se proteger a liberdade de expressão de Klaus Mann²¹⁶.

O autor da ação era o filho adotivo de Gründgens. O Tribunal reconheceu o pleno direito da liberdade de manifestação artística; porém, enfatizou mais a dignidade humana, pelo que se julgou improcedente a reclamação constitucional postulada por Klaus Mann, que havia perdido no Tribunal de Hamburgo, o qual havia decidido que o romance maculava a honra pessoal de Gründgens. Essa decisão foi mantida²¹⁷.

O preâmbulo (*Präambel*) da Lei Fundamental faz referência ao Povo Alemão (*das Deutsche Volk*), o qual, exercendo poder constituinte, adotou Lei Fundamental, fazendo-o “*consciente de sua responsabilidade perante Deus e os homens*”, bem como “*animado pela vontade de servir à promoção da paz no mundo*”, e ainda, “*em igualdade de condições com os demais países membros de uma Europa unida*”. Desse núcleo deriva um Estado Democrático de Direito, no qual há o pleno respeito a direitos básicos, à separação dos poderes, à legalidade dos atos da Administração (*Gesetzsmässigkeit der Verwaltung*), bem como à segurança jurídica (*Rechtssicherheit*), no contexto da qual prevê-se o pleno respeito às expectativas legítimas (*Vertrauensschutz*), especialmente no que se refere à vedação do uso retroativo da lei (*Rückwirkungsverbot*)²¹⁸, com exceção à chamada *cláusula de Radbruch*, na qual não se respeita a ultratividade pretérita da lei, por razões de aplicação de princípios de justiça.

Aplicação conjunta do princípio da *expectativa legítima* com a *cláusula de Radbruch*, em hipótese especialíssima que autoriza o uso retroativo da lei ocorreu quando o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela

210 Entre outros, STEIN, Ekkehart. *Staatsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1978. p. 43 e ss.

211 BVerwG- Bundesverwaltungsgericht.

212 BVerwGE 1, 159- *Fürsorgepflicht*.

213 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 187-188.

214 Cf. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995. Nesse tema, a doutrina da *Drittwirkung*, eficácia dos direitos fundamentais em relação a terceiros, conferir também CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

215 BverfGE 30, 173- *Mephisto-Urteil*. O tema também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London: Duke University Press, 1997. p. 301 e ss.

216 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 165.

217 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 495 e ss. Organização e introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Hennig e outros.

218 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 181.

inconstitucionalidade de uma lei federal que ampliou os prazos prescricionais em relação a alguns crimes cometidos durante o período do nacional-socialismo²¹⁹. Procedimentos investigatórios que se encontravam atrasados justificavam essa medida legislativa. Invocou-se que essa nova lei desrespeitava a cláusula constitucional de irretroatividade, bem como eventuais expectativas legítimas daqueles que eventualmente fossem alcançados por essa legislação. Na origem da discussão, processos judiciais contra dois alemães que foram acusados de homicídio qualificado de centenas de pessoas, crimes que foram cometidos durante o período nazista, com o qual colaboravam e para qual trabalhavam. Da data do cometimento dos crimes à época do julgamento, havia esgotado o prazo prescricional, originariamente fixado em 20 anos²²⁰.

O Tribunal entendeu que a proibição de retroatividade veda criação de tipo penal novo, com efeitos pretéritos, mas que não proíbe a ampliação de prazos prescricionais para a pretensão punitiva do Estado em relação a ações ou omissões já tipificadas como crime em leis anteriores²²¹.

Há também registro de importantíssima decisão do Tribunal Constitucional Federal a propósito de pretensão de punição, por parte da Alemanha reunificada, de espões alemães da antiga Alemanha Oriental²²². Em pauta estava a dúvida se esses espões poderiam ser julgados e punidos com base em lei criminal da Alemanha Ocidental (e à época do julgamento vigente em toda a Alemanha), a qual, à época dos fatos, não vigia na Alemanha Oriental.

As ações de espionagem foram realizadas a partir do território da Alemanha Oriental. Seus efeitos concretos ocorreram em território da Alemanha Ocidental. Do ponto de vista da ação praticada na Alemanha Oriental essas ações de espionagem eram absolutamente legais. Do ponto de vista das ações cujos efeitos se deram na Alemanha Ocidental havia lei que as criminaliza, vigente ainda antes da ocorrência dos fatos.

Havia expectativa dos acusados, no sentido de que não seriam punidos, porquanto teriam agido de acordo com a legislação vigente à época dos fatos. O Tribunal não aceitou esse argumento, porquanto havia lei válida na Alemanha Ocidental. Isto é, para desespero dos réus, o desaparecimento da ordem legal da Alemanha Oriental atraía a aplicação da lei vigente, à época dos fatos, na Alemanha Ocidental. A Corte entendeu que não se tratava de retroatividade da lei. No entanto, alguns dos réus foram absolvidos porque não se entendeu que havia proporcionalidade nas penas que se pretendia aplicar²²³.

Nesse mesmo tema, o Tribunal Constitucional Federal julgou importantíssimo caso relativo a guardas da antiga Alemanha Oriental²²⁴, que seguindo ordens e a legislação então naquele país vigentes atiraram as alemães que fugiam para o lado ocidental²²⁵. Com a reunificação, esses guardas foram julgados de acordo com as leis válidas na Alemanha Ocidental, agora de aplicação geral. Com base no princípio de que não há punição sem prévia lei que defina o crime (*nulla poena sine lege*) os soldados se defenderam, firmes na convicção de que agiram dentro da mais absoluta legitimidade e legalidade. Essa questão não era nova no imaginário e na prática jurisdicional alemã. Em decisão disputadíssima, o Tribunal entendeu que o reconhecimento internacional de direitos humanos impedia, condenava e criminalizava essa prática, pelo que se confirmou que o assassinato de fugitivos jamais pode se configurar como um direito legítimo ou justo²²⁶.

219 BVerfG 25, 269, N.S.- Verbrechen.

220 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 934.

221 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 182.

222 BVerfGE 92, 277- DDR- Spione.

223 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 183.

224 A matéria é explorada sistematicamente por Rodolfo Luis Vigo, inclusive com a tradução da decisão para o espanhol, bem como pela divulgação de comentários de Robert Alexy (*Manerschützen- Acerca de la Relación entre Derecho, Moral y Punibilidad*) e de Eduardo Roberto Sodero (*Reflexiones insfilosóficas sobre el caso de los Guardianes del Muro*). Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema nos es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Buenos Aires: Facultad de Derecho U.B.A., 2006.

225 BVerfGE 95, 96- Mauerschützen.

226 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 271.

A regra da proporcionalidade²²⁷ (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* ou *Übermassverbot*²²⁸) é de recorrente uso por parte do Tribunal Constitucional Federal. Exige-se a constatação de eficiência da opção (*Geeignetheit*), de necessidade da medida (*Erforderlichkeit*), bem como de um sopesamento de interesses, isto é, dos direitos fundamentais que estejam em discussão (*Angemessenheit* ou *Verhältnismässigkeit*)²²⁹. O tema é central em Robert Alexy²³⁰ e em Carlos Bernal Pulido²³¹.

Há um caso interessante, relativo a caçadores de falcões, que ilustra o tema da proporcionalidade²³². Na origem, uma lei federal, que exigiu que caçadores de falcão comprovassem conhecimentos de armas de fogo, como condição para concessão de autorização para a referida caça. Os caçadores de falcão alegaram que a lei acrescentava uma exigência desproporcional ao direito potestativo de liberdade de ação.

O Tribunal aplicou o teste da proporcionalidade e concluiu que o objetivo da lei era de que os falcões deveriam ser tratados adequadamente. Entendeu-se que os fins buscados não eram adequadamente alcançados pelos meios que a lei fixava. Declarou-se a inconstitucionalidade da medida. Melhor seria, decidiu o Tribunal, que os caçadores melhor conhecessem os falcões, e não armas de fogo...²³³

Há seção inicial indicativa de direitos fundamentais (*Die Grundrechte*)²³⁴. Orienta-se para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público (*Menschenwürde, Grundrechtsbindung der staatlichen Gewalt*). Indica-se que a dignidade da pessoa humana é inviolável (*Die Würde des Menschen ist unantastbar*) e que toda a autoridade pública terá o dever de respeitá-la e de protegê-la²³⁵.

É o tema clássico da proteção da dignidade humana (*Schutz der Menschenwürde*) e que o caso *Mephisto*, acima explicitado, ilustra de modo recorrente. Há outro exemplo importantíssimo, no contexto do qual o Tribunal Constitucional Federal decidiu pela inconstitucionalidade de uma lei promulgada logo após os ataques terroristas aos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, e que permitia que as Forças Armadas abatessem aeronaves hostis (usadas como armas)²³⁶. O fato de que pessoas inocentes pudessem morrer, como resultado de uma ação do Estado, retiraria dessas pessoas a dignidade humana que lhes é intrínseca e inerente²³⁷.

Há também outro caso que ilustra o assunto, relativo a pais que exigiram perdas e danos em face de cirurgiões, cujas operações de esterilização (vasectomia, p. ex.) redundaram em fracasso. A subsequente gravidez e a consequente criança que nasceu foram invocadas como justificativa para o ressarcimento de danos sofridos pelos pais, nas ações que manejaram contra os médicos²³⁸. O Tribunal deu pela improcedência da demanda. A equiparação de crianças com danos sofridos subtrai dessas uma dignidade humana que também lhes é intrínseca e inerente; isto é, uma criança não pode ser equiparada a um bem do comércio²³⁹.

A Lei Fundamental consagra a liberdade de opinião, de informação e de imprensa, estendendo-se a proteção à liberdade de expressão artística e científica. Indicou-se que “a liberdade de ensino não isentará ninguém da fidelidade à Constituição”. Transita-se no campo da liberdade de comunicação, de informação e de imprensa

227 Conferir, nesse tema, CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2007. no qual há ensaios de Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido, Luis Prieto Sanchis, entre outros.

228 Nesse caso com o sentido de *proibição do excesso*.

229 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 185.

230 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

231 PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

232 BVerfGE 55, 159- *Falknerjagdschein*. O tema também está em KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 315.

233 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 186.

234 MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 97 e ss.

235 MAUNZ, Theodor. *Deutsches Staatsrecht*. München: C. H. Beck Verlagsbuchhandlung, 1975. p. 102.

236 BVerfGE 115, 118- *Lebensversicherungsrecht*.

237 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 237.

238 BVerfGE 96, 375- *Kind als Schaden*.

239 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

(*Kommunikationsgrundrechte*). É nesse contexto que se conhece o caso *Lüth*²⁴⁰, provavelmente um dos casos mais significativos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal²⁴¹.

Um cidadão alemão (Lüth) propôs e pregou boicote geral a um filme do cineasta Veit Harlan. Este havia dirigido vários filmes identificados com o nazismo, a exemplo de *Jud Süß*. Lüth insistia no antissemitismo de Harlan e comandou um boicote contra o filme então lançado. Os advogados de Harlan invocaram disposições do Código Civil e conseguiram decisões judiciais contrárias ao movimento que Lüth estava encabeçando.

Estava em jogo, para ambos os lados, e mais especialmente para Lüth, o direito de expressar opinião própria. Decidiu o Tribunal Constitucional Federal que as Cortes Cíveis (que julgaram a favor de Harlan) estavam submetidas à Constituição, na interpretação das questões a elas levadas. De um lado, Lüth, no exercício do direito de expressão. De outro, Harlan, na defesa de seu direito de expressão artística e de exploração econômica de sua obra de arte, no contexto da liberdade da expressão artística e de ciência (*Freiheit von Kunst und Wissenschaft*)²⁴². A liberdade de expressão, tese de Lüth, foi aceita pelo Tribunal Constitucional Federal, que lhe deu provimento a seu recurso²⁴³.

O tema da livre circulação da pessoa humana foi o núcleo conceitual que orientou uma decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Federal em 16 de janeiro de 1957, a propósito do julgamento de uma reclamação constitucional por intermédio da qual o interessado questionava a negativa de requerimento seu para prorrogação da validade de passaporte. Trata-se do famoso Caso *Elfes*²⁴⁴.

O interessado, W. Elfes, havia liderado um grupo político que criticava ostensivamente a reaproximação da Alemanha Ocidental com a Alemanha Oriental. Elfes criticava a política de reunificação que fora, desde o fim da guerra, defendida pelas autoridades da República Federal da Alemanha. Por conta dessa ligação de Elfes com esse grupo político (*União dos Alemães*) houve negativa a pedido de prorrogação de validade de passaporte. Ao que consta, Elfes viajava recorrentemente e, do exterior, pregava contra a reunificação das duas Alemanhas²⁴⁵.

A negativa decorria do fato de que havia legislação que vedava autorização para entrega ou renovação de passaporte para todos que representassem uma séria ameaça à segurança da República Federal ou de alguma unidade federada da Alemanha. O Tribunal Constitucional Federal sustentou a decisão administrativa que foi questionada por meio de reclamação constitucional, afirmando que havia possibilidades de se fixarem limites a um conteúdo absoluto de liberdade de locomoção. Entendeu-se que a liberdade de locomoção não significaria, necessariamente, a prerrogativa absoluta de se deixar o país²⁴⁶.

O fantasma do passado é recorrente. Nesse sentido, determina-se que “serão inconstitucionais os partidos que, por seus objetivos ou pelas atitudes de seus adeptos, atentarem contra o Estado de direito livre e democrático ou tentarem subvertê-lo, ou puserem em perigo a existência da República Federal da Alemanha”. Trata-se de medida que visa à defesa da ordem democrática. A Lei Fundamental não é politicamente neutra, dado que alguns valores foram fixados como referenciais²⁴⁷.

Alguns casos enfrentados pelo Tribunal Constitucional ilustram essa assertiva. O primeiro deles foi julgado logo no início das atividades do Tribunal. Em 1950 um partido denominado de Sozialistische Reichspartei-SRP, de algum modo sucessor do partido nazista, o Partido Nacional Socialista Democrático Alemão-NSDAP ganhou certa notoriedade em níveis locais e federal. Um de seus membros, que fora funcionário

240 BVerfGE 7, 198, *Lüth-Urteil*.

241 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 381 e ss.

242 STEIN, Ekkehart. *Staatsrecht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1978. p. 192 e ss.

243 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 229.

244 BVerfGE 6, 32, *Elfes*.

245 Cf. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer Oficina Uruguay, 2005. p. 190.

246 A questão também foi explorada por KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997. p. 315-319.

247 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 215.

do Partido Nazista, pronunciou um discurso de tom anti-israelita, no Parlamento Alemão. Este último pretendia, a todo custo, comprovar sua absoluta renúncia para com o ideário nacional-socialista. O governo levou a questão ao Tribunal, que decidiu pelo banimento desse partido²⁴⁸, pelo fato de que essa agremiação negava os princípios democráticos básicos e os direitos humanos²⁴⁹.

O Poder Judiciário, nos termos da constituição da Alemanha, é atribuído aos juízes. No ápice o Tribunal Constitucional Federal (Das Bundesverfassungsgerichts)²⁵⁰ a quem compete decidir, prioritariamente, sobre a interpretação da constituição “quando ocorrer conflito acerca da extensão dos direitos e obrigações de um órgão federal superior ou de outras partes investidas de direitos próprios por força da constituição ou do regimento interno de um órgão federal superior”. A esse sodalício compete decidir em tema de divergências de opinião ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e substantiva de lei federal ou estadual em relação ao texto constitucional federal, entre outras antinomias reais ou aparentes que o sistema normativo propicie²⁵¹.

No modelo alemão, tem-se o que se denomina de O Tribunal de Gêmeos (Zwillingsgericht). Há dois Senados, com oito magistrados atuando em cada um deles. Vigoriza princípio denominado de princípio senatorial, no sentido do que o que um dos Senados decidir tem valor de decisão do Tribunal como um todo. Ao 1º Senado compete tratar prioritariamente de temas de direitos fundamentais. Ao 2º Senado compete apreciar matérias de organização estatal. A composição plena do Tribunal também é utilizada como elemento pacificador de divergências. Há também duas Câmaras com três juízes em cada uma delas, que atuam sistema de rodízio. As Câmaras decidem sobre a admissão da reclamação constitucional²⁵².

A idade mínima dos juízes do Tribunal Constitucional Federal é de 40 anos. Devem comprovar os mesmos requisitos que há para eleição para a Câmara Federal (*Bundestag*). Há necessidade de formação jurídica. Os magistrados do Tribunal Federal Constitucional não podem ser membros da Câmara (*Bundestag*), do Senado (*Bundesrat*) ou do Governo Federal. Os juízes do TCF podem exercer uma cátedra jurídica, e muitos são recrutados após atuação no magistério²⁵³.

O tempo de investidura é de 12 anos, com vedação da reeleição. A aposentadoria compulsória se dá aos 68 anos. Há um modelo de *quotas participativas*, de modo que três juízes de cada Senado são escolhidos entre juízes federais dos vários tribunais. O processo de escolha de magistrados para o Tribunal Constitucional Federal garante que metade dos juízes seja escolhida pela Câmara (*Bundestag*). A outra metade é escolhida pelo Senado (*Bundesrat*). No Senado (*Bundesrat*) a escolha dá-se no Pleno. Na Câmara (*Bundestag*) a escolha é feita por uma comissão eletiva de doze deputados que por sua vez são escolhidos pelo Pleno da Casa Legislativa²⁵⁴.

O processo no Tribunal Constitucional Federal tem caráter objetivo no qual se assinala e se garante o sentido não contraditório das discussões, que podem atacar atos do poder público ou de órgão estatal (legiferante, administrativo e jurisdicional), bem como atos administrativos executórios e decisões judiciais que

248 BVerfG 2, 1- SRP-Urteil.

249 Cf. FOSTER, Nigel; SULE, Satish. *German Legal System and Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 215-216.

250 O estudo mais pormenorizado do Tribunal Constitucional Federal em língua portuguesa é de Martins, Leonardo, *Direito Processual Constitucional Alemão*, São Paulo: Atlas, 2011. O autor explicita os fundamentos processuais e organizacionais do TCF, com estações em temas de competência, organização e escolha de juízes, objeto e parâmetros de decisão nos processos de controle de constitucionalidade, controle concreto e controle concreto de normas, processos de verificação e de qualificação de normas, procedimento de reclamação constitucional, processos contenciosos entre órgãos constitucionais, processos de defesa da Constituição estrutura das decisões, decisões com ou sem audiências (*Urteil* ou *Beschluss*), com indicação de fartíssima bibliografia, especialmente em língua alemã.

251 O estudo mais pormenorizado do Tribunal Constitucional Federal em língua inglesa é de KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

252 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

253 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

254 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

os confirmam. O parâmetro das decisões é o dispositivo constitucional potencialmente violado pelo ato objeto do exame²⁵⁵.

Há várias outras instâncias indicativas do controle de constitucionalidade²⁵⁶ por parte desse tribunal. O direito constitucional alemão prevê a *reclamação constitucional*, que pode ser interposta por qualquer pessoa que alegue ter sido lesada, por autoridade pública, em relação a direitos fundamentais previstos no texto de que se cuida. De acordo com a constituição alemã, “*o Tribunal Constitucional Federal compor-se-á de juízes federais e outros membros*”. Determinou-se que “*os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos pela metade dos integrantes do Parlamento Federal e do Conselho Federal respectivamente*”.

5. CONCLUSÃO

A dogmática dos direitos fundamentais é imensamente marcada pela atuação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que exerce preponderante influência em várias cortes constitucionais (a exemplo do Brasil, de Portugal, da Itália, da Espanha e da Colômbia), bem como nas concepções doutrinárias de constitucionalistas brasileiros de muita importância e respeito, a exemplo, entre outros, de Gilmar Ferreira Mendes²⁵⁷, Marcelo Neves²⁵⁸, Ingo Wolfgang Sarlet²⁵⁹ e Virgílio Afonso da Silva²⁶⁰, que estudaram na Alemanha. De alguma maneira, retoma-se o filogermanismo da Escola do Recife, emblemático em autores como Silvio Romero, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, ainda que, naturalmente, em outro contexto, por outras razões, e em dinâmica de influência absolutamente distinta.

O Tribunal Constitucional Federal, bem como a doutrina juspublicista alemã do pós-guerra, *podem* qualificar arranjos institucionais e conceituais que, de algum modo, resgatem o legado civilizatório da tradição alemã, absolutamente contestado por conta da barbárie que caracterizou a era nacional-socialista. Assim, à concepção clássica de *era dos direitos*, *pode-se* acrescentar ingrediente histórico que nos indica acidente e desvio de rota, corrigidos pela jurisprudência e pelo texto constitucional estudado neste artigo. Especialmente, ao Tribunal Constitucional Federal se reservou uma função amplamente criadora no contexto do Direito Constitucional da Alemanha²⁶¹.

Nesse sentido, o argumento *sugere*, sem atitude de desrespeito ou de desqualificação para com o grandioso trabalho dessa Corte e dessa doutrina, que um dos ingredientes que *pode* ter potencializado esse belíssimo esforço jurisprudencial e doutrinário em prol da dignidade da pessoa humana fora uma tentativa de revelação e de comprovação para todo o mundo e para toda a gente, que o pesadelo nazista fora episódico e circunstancial. Freudianamente, uma concepção de culpa, e de sua catarse, *poderiam* ter fomentado esse esforço de retomada de civilização. Assim, se plausível a assertiva, pode-se enaltecer, ainda mais, e mais ainda, a germanística jurídica, como instrumento, veículo e ambiente cultural de redenção.

255 Cf. MARTINS, Leonardo. *Direito processual alemão*. São Paulo: Atlas, 2011; KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham and London, 1997.

256 Em língua portuguesa, a propósito do modelo alemão de controle de constitucionalidade, é essencial a obra do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes. Consultar, especialmente, MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2005. Trata-se de tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de Münster, em 1990.

257 MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva-IDP, 2011.

258 NEVES, Marcelo et al. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: M. Fontes, 2013, *Transconstitucionalismo*, São Paulo: Martins Fontes, 2012 e *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo: Martins Fontes, 2013.

259 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, bem como, também entre tantos outros títulos, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

260 SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2009.

261 Cf. STERN, Klaus. *Jurisdição Constitucional y Legislador*. Madrid: Dykinson, 2009. p. 50 e ss.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*, Torino: Giulio Einaudi, 1997.
- CARBONELL, Miguel (Coord.). *El Principio de Proporcionalidad en el Estado Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CARBONELL, Miguel. *Constitución, Reforma Constitucional y Fuentes del Derecho en México*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2008.
- CARBONNEL, Miguel. *Uma Historia de los Derechos Fundamentales*. México: Porrúa, 2005.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution-Cultura y Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia Constitucional y Democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2006.
- DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno-novas perspectivas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- FIGUEROA, Alfonso García. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2007.
- PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 2005.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos: un Ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- VÉLEZ, Sergio Iván Estrada. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. Medellín: Selo Editorial, 2007.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.